

De la Destination du Père de Famille

THÈSE POUR LE DOCTORAT

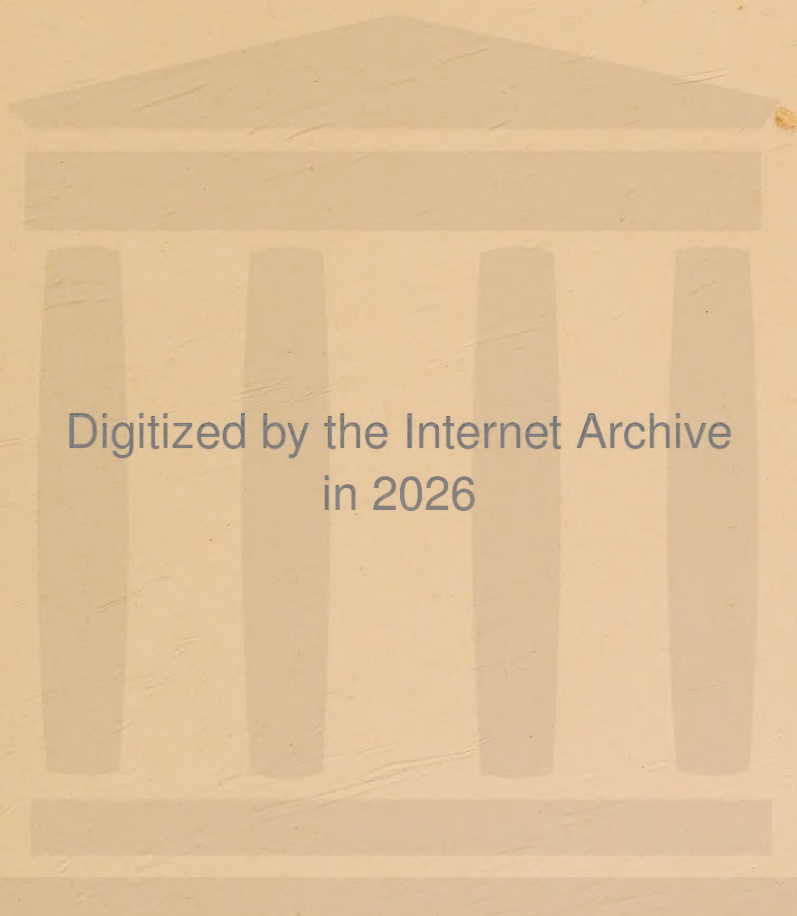
Présentée et soutenue le Lundi 17 Juin 1912, à 1 h. 1/2 du soir

PAR

ERNEST FAUGÈRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. BARTIN, *professeur*
Suffragants : { MM. AMBROISE COLIN, *professeur*
 MASSIGLI, *professeur*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

De la Destination

du

Père de Famille

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 17 Juin 1912, à 1 h. 1/2 du soir

PAR



ERNEST FAUGÈRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. BARTIN, *professeur*

Suffragants : { MM. AMBROISE COLIN, *professeur*
MASSIGLI, *professeur*

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

Hommage de reconnaissance et de piété filiales

A MON FRÈRE ET A MA BELLE-SŒUR

Expression de fraternel dévouement et d'affectueuse reconnaissance

A MES PARENTS

A MES AMIS

A MON PRÉSIDENT DE THESE
MONSIEUR LE PROFESSEUR BARTIN

INTRODUCTION

Le droit est un texte que la doctrine féconde et que la jurisprudence fait vivre. Il serait peut-être difficile de trouver ailleurs que dans les articles 692, 693, 694 une application plus exacte de cette idée ; l'expression de la volonté du législateur y est si concise, le développement de la règle légale est si peu proportionné à l'importance du sujet que des difficultés nombreuses résident dans ces textes et qu'il s'en dégage une apparence de contradiction qui a commencé par étonner et qui a fini par déconcerter. La jurisprudence, mal servie par une doctrine trop pauvre, tiraillée par des besoins qui variaient plus encore avec les provinces qu'avec les époques, a bien pu trouver des applications nombreuses et même intéressantes de ces règles ; mais elle n'a pas su se guider par une ligne générale de conduite qui aurait mis un peu d'ordre dans cette production touffue et

chaotique et qui aurait fait disparaître une contradiction seulement apparente.

Si, après avoir étudié une à une les manifestations de cette jurisprudence, je pouvais, tout en citant au passage les espèces curieuses, mettre un peu d'harmonie dans cet ensemble, si surtout je pouvais dégager la nature juridique de la destination du père de famille, et ainsi, réaliser la conciliation si souvent tentée et si peu réussie de l'art. 693 et de l'art. 694, si, après avoir démontré que cette institution juridique n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes, je pouvais la rattacher à un système de preuve qui a ses assises dans les textes et sa consécration dans une jurisprudence sinon fixée du moins imposante, je croirais n'avoir pas complètement perdu mon effort, car un système de déplacement et par suite d'élargissement de la preuve doit être éminemment juridique en vertu de l'axiome : *idem est non esse et non probari.*

Sans doute l'auteur de cet ouvrage, travailleur isolé et modeste, ne pourra pas apporter au service de ces idées la dialectique de son maître, du moins il aura poursuivi avec zèle et honnêteté scientifique un but digne d'efforts.

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

§ 1. — *Notions générales.*

Si entre deux fonds contigus ou non, ou encore entre deux éléments d'un même corps de propriété, il existe, par le fait ou par la volonté du maître commun, une relation de dépendance telle qu'elle constituerait une servitude apparente dans le cas où les immeubles cesseraient d'appartenir au même propriétaire, et si, d'une façon quelconque, la séparation juridique de ces immeubles intervient, trois hypothèses peuvent être envisagées : ou bien la transformation du service foncier en servitude a été exclue par une clause formelle, et alors il n'y a pas de doute, la volonté des parties est souveraine ; ou bien cette transformation a été expressément voulue, et dans ce cas il y a constitution de servitude par convention écrite ; ou bien l'acte de séparation se tait, et c'est alors seulement que se pose la question de savoir si l'on appliquera les articles 692 et 693 ou l'art. 694.

Nancy, 25 août 1874. — Requêtes, 15 juillet 1875. Dalloz, 77, 1, 127.

« Attendu », dit la Cour d'appel, « que le silence gardé par le contrat de vente au sujet de l'ouverture pratiquée par le maître commun fait naître la question de savoir si l'établissement par l'ancien propriétaire d'une communication entre deux héritages constitue le signe apparent exigé ».

Si l'on admet la transformation du service en servitude, il y a fonctionnement de la destination du père de famille et si le service est continu il y aura application des articles 692 et 693 ; si le service est discontinu, il ne suffira pas que les conditions précédentes soient réunies et que les parties aient évité de s'expliquer sur le sort réservé à ce service, il faudra encore que l'acte de séparation soit représenté et qu'il ne contienne rien de contraire à l'existence de la servitude. Il y aura alors application de l'article 694.

Tel est le principe et telles sont très sommairement les conditions et les variétés de fonctionnement de la destination du père de famille.

§ 2. — *Notions historiques.*

I. — **Droit romain.**

On ne trouve en droit romain aucune trace d'existence de la destination du père de famille, soit parce que les Romains n'admettaient pas de servitude en dehors

d'une constitution expresse : *servitus nominatim imponenda est*, Paul (Loi 30, § 1 au Digeste) *De servitutibus prædiorum urbanorum*, soit parce qu'ils ignoraient la distinction des servitudes continues et discontinues qui est un des rouages du mécanisme de notre institution juridique. A la vérité, la *Deductio* romaine fait bien songer à notre destination du père de famille ; mais il y a entre ces deux institutions des différences essentielles qui les éloignent l'une de l'autre ; la *Deductio* était une réserve expresse de servitude, elle n'était possible qu'au profit du vendeur et lorsque la nature de l'acte d'aliénation en permettait l'usage. Il y a donc loin de cette clause écrite à la preuve spéciale d'un contrat tacite ordinaire quoiqu'accessoire dont les effets ne dépendent ni du rôle joué par le bénéficiaire dans l'acte de séparation ni même de la nature de cet acte de séparation.

II. — Ancien droit.

L'ancien droit a connu la destination du père de famille, et il l'a connue sous un jour qui est encore aujourd'hui le point de vue exact et que l'on n'aurait pas dû méconnaître ; il a subordonné le fonctionnement de cette institution à la suffisance de la force probante attachée à certaines circonstances..

La coutume de Paris, art. 216, et la coutume d'Orléans, art. 128, exigeaient la présentation d'un écrit (acte de

séparation des fonds) dont les énonciations devaient indiquer que le propriétaire commun avait eu l'intention de créer une affectation permanente d'un immeuble au service de l'autre. Cependant cette règle souffrait exception pour « les servitudes nécessaires et apparentes ou pour celles qui résultaient de travaux incorporés au fonds asservi ». V. Requêtes, 26 juin 1876. Dalloz, 77, 1, 227.

Les mêmes solutions étaient consacrées par la coutume de Provence qui admettait, malgré l'influence pourtant indéniable du droit romain, le fonctionnement de la destination du père de famille pour le cas de passage rendu nécessaire par l'état d'enclave. V. Cass. civ., 30 juin 1909. — Pandectes françaises, 1, 495.

Certaines coutumes exigeaient la continuité du service ; d'autres distinguaient entre les modes de séparation et n'admettaient la destination du père de famille qu'en cas de partage, probablement parce que cette opération juridique est entourée de circonstances qui révèlent chez les contractants « un consentement éclairé ». V. Paris, 15 mai 1862. Dalloz, 2, 111.

Toutes exigeaient l'apparence, et, d'une façon générale, on peut dire que dans notre ancien droit les circonstances diverses auxquelles était subordonné le fonctionnement de la destination du père de famille contenaient toutes une certaine force révélatrice des intentions des parties.

III. — Le Code.

Le Code est venu mettre fin à ces diversités ; mais il a inauguré l'ère des controverses, car les articles qu'il a consacrés à la question ont été et sont encore aujourd'hui l'objet de discussions ardentes.

Article 692 : « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. »

Article 693 : « Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. »

Article 694 : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. »

IV. — La jurisprudence.

La jurisprudence est très abondante ; malheureusement, elle est souvent contradictoire, ou tout au moins hésitante, et depuis 1890 même, il y a eu des arrêts qui ont introduit dans les idées admises un flottement regrettable.

La production jurisprudentielle est particulièrement remarquable, soit par son abondance, soit par la science juridique qu'elle dénote, de 1860 à 1890.

V. — La doctrine.

La doctrine est très pauvre, si l'on excepte les ouvrages généraux, il n'y a qu'un volume sur la question : J. Latreille, conseiller à la Cour de Toulouse, *De la destination du père de famille*.

§ 3. — *Examen du langage employé d'ordinaire ;
de la distinction qu'il faut admettre.*

Il ne serait pas inutile, à mon sens, au début de la discussion qui remplira cet ouvrage, de préciser le sens des expressions qui seront employées et de signaler la diversité de significations qui rend les arrêts apparemment contradictoires. La plupart des arrêts se servent des expressions « destination du père de famille » pour caractériser une institution juridique dont la vraie nature leur échappe d'ailleurs souvent, mais il n'est pas difficile de trouver dans la production jurisprudentielle des exemples nombreux d'une autre acception.

La Cour de Bourges, 17 janvier 1831, Sirey, 2, 88, dit notamment : « les intimés propriétaires des dits champs

leur avaient donc attaché cette destination dont le signe est incontestablement apparent ».

Cette destination apparente n'est pas autre chose ici que l'affectation perpétuelle d'un immeuble au service de l'autre, et ce service consiste dans l'obligation pour le fonds servant de fournir la terre et les pierres nécessaires au roulement d'une tuilerie. Si nous continuons à feuilleter les recueils de jurisprudence notre opinion se trouve fortifiée.

Tribunal de Saint-Pol, 1^{er} juillet 1837, Sirey, 2, 22.

« La volonté de convertir ainsi en servitude la destination du père de famille n'a pas besoin d'être expresse. »

Tribunal de Dreux, 24 mai 1842, Sirey, 2, 484.

« Les signes apparents indiquent bien la prise d'eau, mais non pas le mode d'usage objet de la destination invoquée. ».

Tribunal de Nyons, 15 décembre 1860, Dalloz, 1, 484.

« Il est incontestable que la destination de père de famille avait réglé les rapports des deux usines et que l'une n'avait pas de préférence sur l'autre ».

Tribunal de Bayonne, 31 juillet 1866. Dalloz, 1, 134.

« L'état des lieux pouvait être considéré comme une véritable destination du père de famille. »

Tribunal de Bayonne, 31 juillet 1866. Dalloz, 1, 134.

« L'état des lieux, si on le considère comme une véritable destination du père de famille, crée un titre pouvant servir de base à l'action possessoire. »

Cour d'Orléans, 15 février 1868. Dalloz, 2, 158.

« Cette porte sur la levée d'un étang constitue un signe apparent attestant la destination du père de famille. »

Chambre civile, 5 juin 1872. Dalloz, 1, 231.

« L'art. 694 fait résulter un titre légal de l'existence d'un signe apparent et de la destination de l'ancien propriétaire. »

Cour de Douai, 28 avril 1875. Dalloz, 1, 69.

« La destination du père de famille n'est pas démontrée aux fins et dans la mesure de la dite servitude. »

Chambre civile, 17 juin 1885. Dalloz, 1, 323.

« La destination du père de famille appuyée d'un signe apparent vaut titre. »

Chambre civile, 29 décembre 1887, Dalloz, 1, 471.

« On ne pouvait expliquer un pareil état de choses autrement que par la destination du père de famille établie au moment où les seigneurs étaient propriétaires à la fois du moulin et des terrains de la vallée. »

Tribunal de la Seine, 10 août 1889, Dalloz, 2, 175.

« La destination du père de famille ne résultait que de l'état des lieux établi par le cahier des charges ». »

Il semble donc bien que les rédacteurs de ces arrêts ont vu dans la destination du père de famille un des éléments constitutifs de l'institution juridique du même nom ; il en est d'autant plus ainsi que les mêmes juges ont vu dans le signe apparent qui est un autre élément constitutif, un complément de cette destination du

maître commun ; par suite, la destination du père de famille au sens étymologique du mot n'est pas autre chose que la volonté matérialisée du maître commun, l'arrangement matériel par lequel il a destiné un de ses immeubles à être, vis-à-vis d'un autre immeuble lui appartenant également, dans un état de dépendance perpétuelle, susceptible de se transformer en servitude par la séparation juridique quelconque de ces immeubles.

Il est donc facilement explicable que certains arrêts aient pu, sans aller à l'encontre de notre thèse, appeler la destination du père de famille « un mode de constitution des servitudes ». Ils ont vu dans la volonté exprimée par le maître commun le fait générateur de la servitude ; sans doute cette volonté serait inopérante après la séparation juridique des héritages si elle n'était pas complétée au moment de leur séparation par l'acceptation des ayants cause ; aussi bien ces arrêts n'ont pas douté de la nécessité d'un consentement bilatéral et si les expressions employées quelquefois éveillent l'idée d'une volonté unilatérale efficace, il y a là seulement une façon courante et simplifiée de s'exprimer ; une signification toute contraire est attachée aux motifs des mêmes arrêts, comme je le démontrerai dans la discussion de fond. J'ai seulement voulu, à cette place réservée aux notions générales, mettre en garde contre une interprétation trop étroite, parce que trop littérale, de certaines manifestations de la jurisprudence ; il n'est d'ailleurs pas inutile au début d'une discussion de s'en-

tendre sur le vocable. Je crois qu'on s'évitera des surprises et des errements si l'on veut admettre qu'il y a dans le langage judiciaire deux destinations du père de famille :

1° La destination du propriétaire commun : c'est l'acte de volonté constitutif d'un état de fait dont la transformation en état de droit donne à notre institution une partie de son originalité ;

2° La destination du père de famille au sens juridique du mot qui est l'ensemble des circonstances auxquelles les articles 692, 693, 694 ont attaché une force probante suffisante pour établir un accord tacite accessoire et écarter ainsi la présomption d'après laquelle les héritages sont libres.

Au reste, cette dualité d'acception ne se trouve-t-elle pas dans le texte lui-même ?

L'article 692 dit : « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes ». Cela signifie que l'acte du maître, quand il y a continuité et apparence du service établi vaut titre ; si l'on remarque que cet acte implique mise en état des lieux et communauté d'origine des fonds, on conviendra que l'on a avec la continuité et l'apparence toutes les circonstances constitutives de l'institution juridique que l'art. 693 se propose de définir quand il dit : « Il n'y a destination du père de famille que s'il est prouvé, etc... » Ainsi ces mots : « destination du

père de famille », sont pris par l'art. 692 dans leur sens étymologique et par l'art. 693 dans leur sens juridique. Ce dernier sens me paraît le vrai, ce sera le mien, puisque je recherche la nature d'une institution juridique.

DE LA
DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE

(Articles 692, 693, 694).

PREMIÈRE PARTIE

**Caractères et nature que l'on doit refuser à la destination
du père de famille.**

Avant d'étudier quels sont les caractères et quelle est la nature que l'on doit reconnaître à la destination du père de famille, je voudrais déterminer quels sont ceux que l'on doit lui refuser.

Section première.

La destination du père de famille n'est pas relative à la co-propriété.

Cour de Caen, 6 novembre 1840, *Journal des audiences*, 2, 65.

La Cour : « Considérant qu'on invoque en vain la destination du père de famille ; c'est là un titre de servitude, non de co-propriété, etc... »

Cour de Poitiers, 16 février 1853, Dalloz, 2, 76.

« Attendu qu'il reste acquis au procès que par la destination du père de famille, cette cour est commune; attendu que les droits des communistes sur une cour restée commune par destination du père de famille participent à la fois des attributs de la propriété et des droits de la servitude, et cela parce qu'ils ne peuvent être établis que pour l'utilité d'héritages certains et déterminés; que, par suite, ils ne doivent pas s'étendre à d'autres héritages, même quand ces héritages viennent à être acquis par l'un des communistes, même si l'immeuble acquis est contigu aux corps de bâtiments qui ont fait l'objet de la donation-partage, etc... »

En l'espèce, la Cour de Poitiers admet que le communiste peut établir son droit par destination du père de famille, mais il n'en est ainsi que parce que « les droits des communistes participent à la fois des attributs de la propriété et des droits de la servitude », en sorte que le fonctionnement de notre institution est subordonné par l'arrêt au caractère de servitude du droit qu'il s'agit d'établir. L'intérêt pratique de ce point de vue est signalé par la Cour : si le droit établi par destination du père de famille était un droit véritable de co-propriété, le titulaire pourrait user de la cour commune dans l'intérêt des immeubles acquis dans la suite; tandis que les servitudes « étant établies au profit d'héritages certains et déterminés », le titulaire d'un pareil droit ne peut pas se permettre dans la der-

nière hypothèse une semblable extension de l'utilisation du fonds servant.

Cour de Paris, 2 février 1856. — Cass. civ., 24 avril 1858, Dalloz, 4, 182.

« Considérant, qu'en cet état de choses, il y a lieu de supposer que par la volonté tacite du père de famille, propriétaire primitif des deux immeubles, le sous-sol du bâtiment, dont les étages appartiennent à des propriétaires différents, était devenu leur propriété commune et indivise, etc... »

Il y eut pourvoi, basé notamment sur la violation des articles 692, 693 et 694, car, disait-on, on ne peut pas, comme le fait la Cour de Paris, admettre le fonctionnement de la destination du père de famille pour un droit de co-propriété ; mais c'est seulement aux servitudes que cette institution est relative.

Arrêt : La Cour, « attendu qu'en jugeant ainsi la Cour de Paris n'a pas fait l'application à la cause des règles sur l'établissement des servitudes par destination du père de famille, mais bien l'appréciation des faits et de l'intention des parties, appréciation qui lui appartenait d'une manière souveraine ». Par ces motifs. — Rejette.

La Chambre civile déclare donc implicitement que le fonctionnement de la destination du père de famille ne peut pas servir à établir un droit de co-propriété et l'arrêt de la Cour d'appel n'est maintenu que parce que la Cour suprême a vu dans ses motifs une pure

appréciation des faits et de l'intention des parties.

La même solution est intervenue le 28 octobre 1891 sur pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Limoges rendu le 2 juillet 1888. La Cour d'appel avait, elle aussi, considéré « qu'on ne pouvait argumenter de la destination du père de famille et de ce qui se serait passé pendant que les deux maisons et la venelle litigieuse étaient réunies aux mains du même propriétaire, parce que la destination du père de famille ne crée pas la co-propriété ». V. Dalloz, année 1892, 1, 285.

Enfin le 23 janvier 1900. — Dalloz, 1900, 1, 72.

La Chambre des requêtes a rendu un arrêt qui permet de considérer la jurisprudence comme définitivement fixée.

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les droits de la défenderesse sur le pâtis litigieux ont le caractère d'une co-propriété et qu'ainsi ils ne constituent pas une servitude discontinue, que, par suite, l'arrêt attaqué n'a pas violé les articles 688 et 692. Par ces motifs. Rejette. »

Les raisons de ce mouvement de jurisprudence sont très apparentes ; il suffit de remarquer que les circonstances à la réunion desquelles le texte subordonne le fonctionnement de la destination du père de famille (continuité, apparence, création du service par le maître commun, dualité de fonds réunis puis séparés) supposent toutes une relation de dépendance entre

deux héritages ou deux éléments d'un même corps de propriété. Alors que la co-propriété suppose non pas une relation de dépendance entre deux fonds mais bien plutôt une relation d'égalité entre deux droits. Au reste, la place dans le Code des articles 692, 693, 694 est une raison sérieuse de considérer la destination du père de famille comme une institution se référant à la matière des servitudes.

Section II

La destination du père de famille n'a aucun rapport avec l'extinction des servitudes ni avec leur étendue.

§ 1. — Je prétends tout d'abord démontrer que cette institution n'est pas un moyen d'établir une *extinction* de *servitude*. V. Tribunal de Beaune. Cass. civ., 28 novembre 1853. Dalloz, 54, 1, 234.

Le tribunal : « Considérant que le droit de faire arracher les arbres qui ne se trouvent pas à la distance légale, constitue une servitude au détriment de l'héritage sur lequel existent ces arbres », le droit de maintenir les arbres à une distance moindre que la distance légale est une extinction, une libération de servitude.

La question, par suite, qui se posait à un tribunal qui partait d'un pareil principe était intéressante ; elle se ramenait à ceci : Peut-on admettre le fonctionnement de la destination du père de famille pour établir un droit dont l'exercice est la négation d'une servitude ? Le tribunal de Beaune ne craignit pas de répondre par la négative et la Chambre civile rejeta le pourvoi formé contre son jugement. Cependant, on ne peut pas attacher à ces manifestations jurisprudentielles une signification incontestable. Le tribunal de Beaune s'est, en effet, décidé par un motif subsidiaire auquel la Cour suprême a reconnu une importance capitale : en aucun cas « le droit établi par destination du père de famille ne peut s'étendre aux arbres plantés, semés ou accrus depuis la séparation des fonds ». Il n'en reste pas moins établi, par le motif principal, que l'impossibilité de fonctionnement de notre institution est subordonnée à la nature juridique de l'empiètement : c'est parce que l'on voit dans cet empiètement la libération d'un héritage que la destination du père de famille est repoussée. Au reste, le besoin d'un motif subsidiaire s'est fait sentir, non pas parce que le refus d'appliquer l'art. 693 ne paraissait pas suffisamment motivé, mais parce que les premiers juges n'étaient pas certains de la justesse de leur point de départ. Je crois, en effet, très contestable cette assimilation de l'empiètement à une libération du fonds qui porte ces arbres ; je verrais bien plutôt dans le

droit d'exiger la suppression des arbres qui dépassent un mode d'exercice du droit de propriété; par suite, l'acquisition du droit de les conserver à une distance moindre que la distance légale serait une acquisition et non pas une extinction de servitude.

Au reste, il importe peu pour l'instant de décider si le principe qui a servi de base au jugement est juste ou faux, il suffit de constater l'incompatibilité de notre institution avec la démonstration d'un droit dont l'exercice est une négation de servitude au lieu d'être un démembrement de la propriété. C'est d'ailleurs parce que ce principe a été reconnu vicieux, c'est parce que la jurisprudence a vu, dans l'acquisition du droit de conserver des arbres à une distance moindre que la distance légale, une véritable acquisition de servitude qu'elle a admis sans difficulté la possibilité de fonctionnement de la destination du père de famille. V. Paris, 23 août 1825. Sirey, 1826, 2, 24.

« Le droit de planter les arbres à une distance moindre que la distance légale est plutôt une acquisition qu'une libération de servitude et cette acquisition peut s'établir par destination du père de famille. »

Bastia, 3 mars 1856. Dalloz, 1856, 2, 85.

« Considérant que si la destination du père de famille peut être légitimement invoquée en ce qui concerne le pied de l'arbre planté à une distance moindre que la distance légale, ses effets ne sauraient s'étendre à la conservation des branches, etc. »

Tribunal civil d'Agen, 9 avril 1900. Dalloz, 1907, 2, 196.

« Attendu que le voisin ne peut pas exiger que les arbres plantés à une distance moindre que la distance légale soient arrachés ou réduits à la hauteur de 2 mètres s'il y a notamment destination du père de famille. »

Ainsi donc les arrêts, s'ils ne concordent pas sur le point d'arrivée et sur le point de départ, ne diffèrent en rien sur la manière de raisonner : tous s'accordent à reconnaître que la destination du père de famille n'a et ne peut avoir aucun rapport avec l'extinction des servitudes, puisque les circonstances que le texte prévoit sont, comme nous le démontrerons longuement, toutes révélatrices d'une intention bilatérale de transformer un service foncier en servitude.

§ 2. — Je voudrais en second lieu démontrer que la destination du père de famille ne se rapporte pas davantage à l'*étendue* des servitudes. V. Grenoble, 11 juin 1867. Requêtes, 23 novembre 1868. Dalloz, 69, 1, 128.

Le propriétaire d'une prairie qui est en même temps propriétaire d'un canal desservant son usine, stipule sur le fonds d'autrui séparant la prairie de son canal une servitude d'aqueduc ; mais avant d'avoir établi l'aqueduc, il vend à une personne la prairie et à un autre l'usine et le canal. L'acte de vente intervenu

avec l'acquéreur du canal ne parle pas de la servitude d'aqueduc, et l'acte de vente intervenu avec l'acquéreur de la prairie parle d'eaux d'irrigation sans parler de celles du canal. Dans ces conditions, l'acquéreur de la prairie peut-il opposer la servitude d'aqueduc à l'acquéreur du canal et empêcher ainsi sa jouissance exclusive ? Le tribunal de Vienne déclara, le 5 juillet 1866, qu'il avait été transmis à l'acquéreur du canal et de l'usine toutes les eaux jusque-là affectées au mouvement de la dite usine ; que l'acquéreur du canal était en droit, en vertu de l'article 694, d'exiger le maintien des choses dans l'état où elles se trouvaient lors de la vente ; que l'acte de vente ne parlait pas de la servitude d'aqueduc et que, loin d'en parler, il se bornait à énoncer que la prairie vendue avait droit à une prise d'eau sur la rivière sans mentionner aucun droit semblable sur le canal.

Il y eut appel ; la Cour de Grenoble confirma avec adoption de motifs. Pourvoi : Arrêt :

La Cour, « attendu qu'il fut convenu que le propriétaire de la prairie aurait le droit d'établir un aqueduc pour l'irrigation pendant 36 heures par semaine ; mais que le propriétaire de la prairie qui était en même temps propriétaire du canal, préférant consacrer à son industrie toutes les eaux auxquelles il avait droit, plutôt que d'en distraire aucune portion pour l'arrosage de son pré, n'a jamais établi d'aqueduc ;

« Attendu qu'il a été vendu à l'acquéreur des usines

toutes les eaux qui servaient à l'alimentation de ses usines sans en réserver aucune partie ;

« Attendu que dans la vente de la prairie, il fut déclaré que cette prairie aurait droit à une prise d'eau sur la rivière sans parler d'un droit semblable sur le canal ;

« Attendu qu'en se décidant, d'après l'ensemble de ces actes et de ces circonstances, la Cour impériale s'est livrée à une pure appréciation du sens et de la portée d'actes privés qui ne rencontrent aucun des articles visés par le pourvoi. Rejette. »

Il s'agit, ici, d'une hypothèse très spéciale. La servitude d'aqueduc visée par les arrêts précédents, si elle existait dans son intégrité démembrerait deux propriétés, la propriété du fonds traversé par l'aqueduc et la propriété du canal ; comme, au moment de la vente du canal, l'aqueduc n'avait pas encore été construit ; comme, d'autre part, aucune réserve n'a été faite à l'encontre de l'acquéreur du canal, et que, dans l'acte de vente du fonds dominant, il n'a pas été question de la possibilité de diminuer le débit du canal au profit du fonds dominant, il était permis de douter de l'étendue de la servitude : c'est ce que dit la Cour suprême, et la solution de cette question est une question d'interprétation de circonstances, d'actes privés.

L'article 694 n'a rien à voir ici, dit la Chambre des Requêtes, parce qu'il s'agit de savoir non pas si une servitude a pris naissance, mais quelle est son

étendue. Au contraire, la Cour de Grenoble a vu dans le cas qui lui était soumis une application des règles de la destination du père de famille puisque, adoptant les motifs des premiers juges, elle dit qu'aux termes de l'article 694 on était en droit d'exiger le maintien des choses dans l'état où elles se trouvaient au moment de la vente ; mais ce que nous apercevons difficilement, c'est ce que cet état de choses se soit transformé en une servitude au profit du propriétaire du canal. Il y a servitude établie par convention expresse au profit de la prairie et à la charge du terrain qui sépare cette prairie du canal ; voilà un point certain.

Il n'a pas été usé de cette servitude lorsque la séparation survient, puisque l'aqueduc n'a pas été encore construit ; par suite, aucune saignée n'a été opérée sur le canal : voilà qui n'est pas contesté ; mais comment cet état de choses est-il susceptible de se transformer en servitude ? Pour que la destination du père de famille fonctionne, il faut qu'au moment de la séparation des héritages il existe entre eux une relation de dépendance établie ou acceptée par le maître commun. En l'espèce, quels sont les héritages qui se séparent ? Ce sont la prairie au profit de laquelle a été établie la servitude d'aqueduc et le canal ! Y a-t-il entre eux une relation de dépendance susceptible de devenir une servitude ? Il faut faire de la subtilité pour la trouver. Cette relation de dépendance consisterait dans ce fait, que le propriétaire commun n'a pas encore diminué le

débit du canal pour arroser son pré, en faisant usage de la servitude d'aqueduc ; par suite, la prairie serait vis-à-vis du canal dans une situation d'infériorité, puisque l'irrigation de la première est sacrifiée à l'intégrité du débit du second ; je comprends à la rigueur cette relation de dépendance, puisqu'on veut bien se mettre l'esprit à la torture pour en trouver une ; mais, ce que je ne comprends pas, c'est que cette relation puisse devenir une servitude ; qu'est-ce, en effet, qu'une servitude ? C'est une diminution du droit de propriété sur le fonds servant. Or, ici qu'est-ce que la relation qui existe entre la prairie et le canal ? C'est une diminution au profit du canal de la servitude d'aqueduc qui existe au profit de la prairie ; j'en conclus que cette relation n'est pas une servitude ; il n'y a pas servitude établie par destination du père de famille entre la prairie et le canal, il y a servitude établie par convention expresse entre la prairie et le fonds qui la sépare du canal ; par suite, il faut voir dans la relation de dépendance qui existe entre la prairie et le canal, non pas une nouvelle servitude, mais une limitation apportée à l'exercice de la première. L'erreur de la Cour de Grenoble a consisté à dire que cette diminution était une conséquence de l'application de l'article 694. La Cour de cassation tout en maintenant le dispositif de cette Cour (car, cette erreur dans le motif n'influe pas sur le dispositif) a eu du litige une vue plus exacte quand elle a estimé qu'il s'agissait

simplement d'interpréter l'étendue d'une servitude, et que, pour cette raison, la décision de la Cour d'appel ne rencontrait aucun des articles consacrés à la destination du père de famille.

Section III

La destination du père de famille n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes

Il résulte, je crois, de ce qui vient d'être dit que la destination du père de famille n'a aucun rapport avec la co-propriété et qu'elle n'est pas davantage un moyen d'établir l'extinction ou l'étendue des servitudes. Je voudrais maintenant démontrer que notre institution juridique qui, pourtant, se rapporte à la constitution des servitudes ou, plus exactement, à la transformation d'un service foncier, n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes.

Il est bon de remarquer, tout d'abord, que le fonctionnement de la destination du père de famille suppose la transformation en servitude du service foncier. J'ai déjà dit, au moins d'une façon sommaire, que l'art. 693 exige la création par le maître commun d'une relation de dépendance entre deux fonds.

A coup sûr, cette relation ne peut être dès le début

une servitude en vertu de l'adage *Nemini res sua servit*, c'est une subordination d'un fonds à l'autre, c'est un bénéfice qu'un fonds retire de l'autre : c'est un service foncier que l'accord tacite, accessoire de la séparation juridique, transformera en servitude. Un grand nombre d'arrêts ont aperçu et même ont exprimé formellement ce point de vue.

Le tribunal de Saint-Pol, 1^{er} juillet 1837, Sirey, 1838, 2, 22, considère « que l'art. 694 est fondé sur le silence du contrat et qu'il fait présumer l'intention de maintenir l'état de choses actuel ».

Or, dit la Cour d'Angers, 7 juin 1838, Sirey, année 1840, 1, 98, cet état de choses, « ce service est devenu une servitude véritable commandée par une nécessité impérieuse... »

La Cour de Paris, 15 mai 1862, Dalloz, 62, 2, 111, se sert des mêmes expressions : « la loi », dit-elle, « a eu en vue le maintien de l'état de choses établi par l'ancien propriétaire ».

La Chambre civile, 29 décembre 1887, Dalloz, 88, 1, 471, est encore plus catégorique : « attendu que lorsque les deux héritages entre lesquels le propriétaire a établi un état de choses constitutif d'une servitude continue et apparente, cessent d'être réunis dans la même main, le service auquel l'un d'eux a été ainsi assujetti par la destination du père de famille se transforme en servitude et subsiste avec ce caractère comme si cette servitude avait été établie par un titre. »

Enfin, tout récemment, la Cour de cassation belge a nettement pris parti, 17 décembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20. « Les services que le propriétaire de deux fonds a voulu que l'un rendit à l'autre, continuent à être rendus à titre de servitudes. »

Par suite, les arrêts qui parlent en cas de fonctionnement de la destination du père de famille d'un « maintien de servitude », méconnaissent l'axiome *Nemini res sua servit* et l'effet de la séparation juridique des héritages. Au reste, ces arrêts sont peu nombreux et l'on peut voir, dans les expressions qu'ils emploient, une façon courante et insuffisamment étudiée de s'exprimer. V. Requêtes, 26 avril 1837, Sirey, 1837, 1, 919. « La servitude est maintenue par cela seul qu'elle se manifeste par un signe apparent. »

Requêtes, 28 décembre 1875. Dalloz, 1876, 1, 440. « La destination du père de famille peut être invoquée pour le maintien d'une servitude continue et apparente. »

Lyon, 30 juillet 1907. Dalloz, 1908, 2, 296. « Sans doute on peut trouver la preuve du maintien de la servitude originaire dans le signe apparent qui est le canal de prise d'eau. »

Ainsi l'examen du mécanisme de cette transformation explique un certain nombre de manifestations jurisprudentielles, tout comme la remarque que les expressions « destination du père de famille » peuvent être prises dans un sens étymologique, explique que

certaines arrêts aient pu appeler la destination du père de famille, un mode de constitution des servitudes ; je soutiens, en effet, et c'est à cette étude qu'est consacrée cette section, je soutiens que la destination du père de famille, si elle suppose une constitution de servitude, ou plus exactement la continuation d'une relation de dépendance avec des caractères juridiques différents, n'est pas un mode distinct de constitution de servitudes.

Ceux qui croient que les articles 692, 693, 694, se réfèrent à la création d'un droit de servitude, et qui voient dans le mode de création de ce droit, autre chose qu'une constitution de servitude par titre, sont obligés de convenir que, s'il en est ainsi, les conditions d'existence de la servitude sont limitativement énumérées par le texte, et que, par suite, il ne saurait être question de chercher dans le droit commun le complément de textes qui, dans cette opinion, doivent se suffire à eux-mêmes. Or, une jurisprudence imposante et même depuis longtemps fixée, exige pour la constitution de la servitude que supposent nos trois articles, un élément intentionnel, un accord tacite. — V. Cour de Douai, 1^{er} juillet 1837, Sirey, 1838, 2, 22. « Il suffit de remarquer que les servitudes qui dérivent de la destination du père de famille trouvent le principe de leur établissement dans la volonté des propriétaires et que c'est par l'effet de cette volonté que les services que le propriétaire de deux héritages voisins était dans

l'habitude de tirer de l'un pour l'usage de l'autre, doit, après la division des héritages, se continuer à titre de servitudes; que la volonté de convertir ainsi en servitude la destination du père de famille n'a pas besoin d'être expresse. »

Cour d'Angers, 7 juin 1838. Sirey, 1840, 1, 98. « Les signes apparents qui n'ont pu échapper au regard de l'acquéreur dénotent, de sa part, un consentement tacite. »

Tribunal de Ruffec, 14 janvier 1845. Dalloz, 1846, 2, 83. « L'auteur commun, lors des premières aliénations, se réserva la rigole qui traverse la charrière pour recevoir l'eau de la rue et la faire s'écouler dans son jardin. » Ce mot se « réserva » éveille l'idée d'une volonté du maître acceptée par les ayants cause et d'une volonté bien entendu tacite, car si la réserve était expresse, la preuve de la servitude serait l'écrit constatant la convention et l'application de l'article 693 n'aurait pas à intervenir.

Cour de Paris, 7 décembre 1850. Dalloz, 1854, 5, 703. « Il résulte des titres de partages successifs et de la jouissance continue des époux Bauvain ou de leurs auteurs que le consentement des parties était conforme à l'intention du père de famille qui avait constitué le passage en commun dont s'agit. »

Le tribunal de Versailles dans un jugement que la Cour de Paris, le 15 juin 1865, Dalloz, 1865, 2, 199, infirma pour des raisons, d'ailleurs, qui ne dimi-

nuent en rien l'autorité du principe directeur, a estimé lui aussi que le droit établi par destination du père de famille trouve sa raison d'être dans « l'intention commune des parties » et la Cour suprême, le 9 juillet 1867. Dalloz, 1867, 1, 252, statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt infirmatif de la Cour de Paris, repoussa le fonctionnement de la destination du père de famille parce que l'extension des branches d'arbres dont les premiers juges faisaient à tort un signe apparent, aux termes de l'art. 692, lui paraissait révéler chez le voisin non pas une volonté d'acceptation définitive, mais un simple souci de tolérance. C'est bien là la plus sûre indication que l'application de l'article 693 suppose non seulement l'intention du maître commun, mais encore l'acceptation ferme des ayants cause.

La Cour de Nancy, 25 août 1874, et la Chambre des Requêtes, 15 juillet 1875, Dalloz, 1877, 1, 127, ont consacré la même idée quand elles ont décidé que le fait, de la part du maître commun, d'établir, dans la haie séparative des fonds, une ouverture large de 1^m,40, était seulement révélateur d'un souci de convenance personnelle et que, par suite, il n'y avait pas lieu de considérer cette ouverture comme un signe apparent de servitude de passage aux termes de l'art. 694, en sorte que le fonctionnement de la destination du père de famille a été subordonné ici encore à l'existence d'une intention de disposition définitive.

Toujours en vertu de la même préoccupation, la Cour

de Limoges, 7 février 1884, et la Chambre des Requêtes, 9 décembre 1885, Dalloz, 1886, 1, 149, ont repoussé le fonctionnement de la destination du père de famille parce qu'il résultait « des manifestations matérielles de la volonté de l'auteur commun, qu'il n'avait pas voulu établir une servitude préjudiciable aux emplacements qu'il destinait évidemment à de nouvelles constructions ».

Enfin le Tribunal civil d'Agen, 9 avril 1900, Dalloz, 1907, 2, 196 s'est exprimé de la façon la plus claire lorsqu'il a déclaré « qu'en effet, la destination du père de famille est basée sur cette supposition qu'au moment de la séparation des héritages il y a eu convention tacite entre les propriétaires, afin que l'état de choses établi par le père de famille soit maintenu ».

Il semble donc qu'en présence de manifestations nombreuses et aussi probantes, le doute ne soit pas permis et que la nécessité d'un accord pour le fonctionnement de la destination du père de famille soit définitivement établie. A la vérité, certaines décisions de jurisprudence semblent se contenter d'une volonté unilatérale, mais je ne crois pas qu'il faille se laisser déconcerter par un point de vue aussi singulier : En premier lieu, même si les expressions employées correspondaient exactement à la pensée des rédacteurs des arrêts, les indications qu'elles pourraient nous fournir seraient largement combattues par la jurisprudence très ferme et très imposante que nous venons d'exposer.

En second lieu, ces expressions n'excluent jamais d'une façon formelle l'acceptation des ayants cause.

En troisième lieu, la signification qui s'y attache est souvent amoindrie et même annihilée par les motifs et le principe directeur de l'arrêt.

D'ailleurs, par scrupule, je vais examiner sommairement les passages inquiétants.

Bastia, 3 mars 1856, Dalloz, 1856, 2, 85.

« On ne peut d'ailleurs sérieusement soutenir que, dans la pensée du père de famille, les arbres par lui plantés avaient pour destination spéciale de projeter leurs branches sur le terrain contigu. »

Sans doute, il est seulement question ici de la volonté du maître commun; mais il est à remarquer que l'impossibilité d'établir cette volonté empêche le fonctionnement de la destination du père de famille; l'arrêt ne dit pas que la preuve de son existence serait une raison suffisante d'appliquer l'art. 693.

Tribunal de Marseille, 4 mars 1854, Dalloz, 1857, 2, 40.

« Il est déraisonnable d'admettre que le vendeur qui, en cédant une partie de son immeuble, en gardait la partie la plus importante, ait tacitement asservi son fonds en partie vendu. »

Il est impossible de tirer de ce passage un argument contre la nécessité d'un accord, il est seulement question du consentement du vendeur, parce que lui seul avait intérêt à le refuser; l'adhésion des acquéreurs ne pouvait faire aucun doute.

Cour de Paris, 2 février 1856, Dalloz, 1858, 4, 182.

« Il y a lieu de supposer que par la volonté tacite du père de famille, le sous-sol du bâtiment dont les étages appartiennent à des propriétaires différents était devenu leur propriété commune et indivise. »

La signification attachée à ces expressions est d'autant moins probante que la Chambre civile, statuant sur le pourvoi, a décidé que « la Cour d'appel n'avait pas fait à la cause l'application des règles sur la destination du père de famille ».

Requêtes, 15 avril 1872, Dalloz, 1872, 4, 416.

L'arrêt attaqué décide « qu'il est, dès à présent, démontré que tous les travaux du père de famille ont été faits avec une double destination, et que cette reconnaissance de la volonté du père de famille, manifestée par des ouvrages apparents, suffit pour constituer une servitude au profit du moulin. »

A la vérité, si l'on considérait la forme seule de cette décision, elle pourrait paraître inquiétante, mais il y a lieu de remarquer que la volonté du maître commun doit être manifestée par des ouvrages apparents. Pourquoi l'apparence ? sinon pour que les ayants cause puissent connaître cette volonté et l'accepter.

Cour de Douai, 28 avril 1875. Requêtes, 7 mars 1876, D. 4, 69.

« Le pont qui relie les deux rives et qui est indiqué comme le signe apparent de la servitude réclamée démontre bien que l'ancien propriétaire a voulu établir,

pour ses facilités particulières, une exploitation plus commode au moyen de ce pont, mais qui ne prouve point l'intention de créer, pour le cas où ces parcelles seraient séparées, une servitude de passage au profit de l'une sur l'autre. »

En l'espèce, l'intention du maître commun est inopérante, parce que ce n'est pas une intention de disposition définitive, mais au contraire un souci de convenance personnelle ; il s'ensuit que l'art. 694 ne peut être appliqué ; mais rien ne nous prouve que l'arrêt aurait vu, dans l'intention unilatérale de créer une affectation permanente, la raison suffisante d'admettre le fonctionnement de la destination du père de famille. En d'autres termes, la signification qui s'attache à l'arrêt n'est pas positive, elle est purement négative.

Requêtes, 19 juin 1893. Dalloz, 1893, 4, 526. « Le signe apparent ne peut consister que dans un ouvrage apparent établi par le père de famille sur les fonds réunis dans ses mains ou sur l'un d'eux et révélant de sa part une volonté d'établir, d'une façon définitive et permanente, un droit au profit d'un des fonds et un assujettissement à la charge de l'autre. »

La condition d'apparence est exigée pour rendre possible l'acceptation des ayants cause.

La même observation s'applique à l'arrêt suivant : Cass. Belge, 17 décembre 1908. Dalloz, 1910, 2, 20. « Les services que le propriétaire de deux fonds a voulu que l'un rendit à l'autre continuent à être rendus à

titre de servitudes, lorsque les fonds sont divisés, pourvu que la volonté du propriétaire ait été manifestée par des signes permanents. »

Si donc on sait voir dans les décisions de jurisprudence, non pas la lettre mais l'esprit, si derrière des expressions échappées peut-être à un rédacteur qui n'avait pas l'autorité ou la préparation nécessaire, on veut apercevoir la réalité des motifs ; si l'on abandonne le procédé étroit et dangereux d'interprétation littérale, on comprendra sans peine que la jurisprudence exposée ne manque ni d'harmonie ni de force, qu'elle exige l'élément intentionnel et que, sans conteste, cette intention doit être bilatérale, qu'il ne s'agit pas d'un mode exceptionnel de génération des servitudes, mais d'un accord ordinaire, d'un contrat tacite et accessoire.

Que le fonctionnement de la destination du père de famille soit subordonné à l'existence d'un contrat ordinaire, je crois l'avoir pleinement démontré. Que ce contrat soit tacite, je crois que cela résulte suffisamment des nombreux arrêts déjà étudiés qui veulent que le consentement des parties soit manifesté « par des ouvrages apparents » ; au reste, deux arrêts s'expliquent sur ce point d'une façon formelle : Douai, 1^{er} juillet 1837. — Sirey, 1838, 2, 22.

« La volonté de convertir ainsi en servitude la destination du père de famille n'a pas besoin d'être expresse : la loi peut la présumer ».

Voir aussi Nancy, 23 août 1874, Dalloz, 1877, 4, 127.

« Le silence gardé par le contrat de vente fait naître la question de la destination du père de famille ». D'ailleurs, ce caractère du contrat est encore établi implicitement par les nombreux arrêts qui décident que la loi a attaché aux circonstances prévues par les articles 693 et 694 la présomption (au sens large) de consentement des parties. Il est inutile pour l'instant d'entrer dans l'examen de ces décisions intéressantes ; elles seront étudiées dans notre deuxième partie quand nous nous efforcerons d'établir que les articles 692, 693 et 694 qui réglementent la destination du père de famille sont une réglementation de la preuve des servitudes.

En troisième lieu, je crois que le contrat tacite, générateur de servitude, peut être considéré comme un contrat accessoire. Il y a transformation du service foncier en servitude par la séparation juridique des héritages ; mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'au moment de cette séparation, intervienne la volonté du maître et des ayants cause ; sans doute la volonté du maître se manifeste surtout lors de la mise en état des lieux ; mais cette volonté doit se maintenir jusqu'à la séparation des fonds. La jurisprudence exige même la preuve que ce consentement n'a pas varié ; cette preuve résultera du fait que le propriétaire commun ne fait subir aux lieux aménagés par lui aucune modification et de la certitude que son intention a été un désir de disposition définitive et non un souci de convenance personnelle. V. notamment Nancy, 25 août 1874.

Dalloz, 1877, 1, 127, déjà cité, et Paris, 15 juin, 1865, Dalloz, 1865, 2, 199 *in fine*.

Quant à la preuve du consentement des ayants cause au moment de la séparation, elle résulte de leur silence en présence d'un service dont l'existence leur est révélée par les travaux que le maître a exécutés.

Le tribunal de Versailles, 13 mai 1864, Dalloz, 1865, 2, 199, consacre d'ailleurs formellement cette idée que notre contrat est un contrat accessoire.

« On peut dès lors admettre que dans l'intention commune des parties la vente a été faite AVEC le droit pour l'acquéreur de conserver les arbres tels qu'ils étaient. »

Il est ainsi démontré que le fonctionnement de la destination du père de famille suppose la constitution d'un droit de servitude par contrat tacite ordinaire et accessoire de la séparation juridique des héritages ; je crois que cette démonstration pourra me fournir de sérieux arguments contre la thèse d'après laquelle la destination du père de famille serait un mode distinct de constitution de servitudes.

1° Ainsi que cela a été déjà énoncé, si les articles 692, 693, 694 réglementaient un mode spécial de constitution des servitudes, les conditions que ces textes énumèrent seraient limitatives et leur réunion serait suffisante sans qu'il soit aucunement besoin de l'existence et de la preuve d'un élément intentionnel comme une jurisprudence déjà étudiée l'exige ;

2° En second lieu, si l'on suppose que la destination du père de famille est un mode non pas distinct, mais ordinaire de constitution des servitudes, comment expliquer que le législateur ait voulu employer à la seule consécration du droit commun des textes aussi spéciaux que les articles 692, 693, 694 du Code civil ;

3° Comment surtout concevoir que ces textes au lieu de prévoir et de réglementer les conditions d'existence d'un droit et les éléments constitutif d'un accord s'attachent uniquement à la détermination des circonstances susceptibles « de révéler la volonté des parties ». c'est-à-dire de contenir une certaine force probante ;

4° En quatrième lieu, la doctrine d'après laquelle la destination du père de famille est un moyen original de prouver la constitution ordinaire d'une servitude, trouve son illustration dans la facilité avec laquelle les objections dressées contre elle peuvent être réfutées.

Première objection. — On dit : si le fonctionnement de la destination du père de famille suppose une constitution ordinaire de servitude par titre, la preuve ne peut être complète que si l'on établit l'intention du maître commun, soit au moment de la mise en état des lieux, soit au moment de la séparation des fonds.

J'ai répondu par avance à cette objection au cours des précédents développements : la preuve de la volonté du maître au moment où il a pris l'arrangement susceptible de se transformer en servitude, résultera du carac-

tère des travaux qu'il aura exécutés ou, d'une façon plus générale, de la permanence, de l'apparence et de la nécessité du service par lui établi. Si, dans la suite, il ne change en rien la destination originaire, on pourra conclure que ses dispositions n'ont pas varié et il sera ainsi établi qu'il était toujours dans les mêmes intentions quand la séparation des héritages est survenue.

Deuxième objection. — La deuxième objection peut se résumer ainsi : Si la destination du père de famille est un mode original de prouver une constitution ordinaire des servitudes, comment se fait-il que les textes spéciaux qui la réglementent n'exigent pas la preuve de l'élément intentionnel ?

Incontestablement cette objection révèle un examen très superficiel du texte : c'est qu'en effet, ce texte a été précisément écrit pour régler la preuve de la convention génératrice et son originalité résulte de ce que le législateur a attaché la démonstration suffisante de l'élément intentionnel, du fait juridique principal, à la preuve d'un certain nombre de faits à côté : communauté d'origine, mise des lieux en état, apparence, continuité, ou, quand la continuité manque, neutralité bienveillante de l'acte de séparation.

Troisième objection. — La troisième objection est plus spécieuse : on dit, avec la rigueur impressionnante du syllogisme : La preuve d'un fait juridique ne peut être faite par témoins ; or, d'après vous, la destination du père de famille est un moyen de prouver un

accord, donc la preuve des circonstances qui la constituent ne peut être faite par témoins; si donc la preuve par témoins est recevable, c'est que votre conception directrice n'est pas la vraie.

Je réponds : sans doute, on ne peut établir par témoins un fait juridique; sans doute les circonstances prévues par les articles 692, 693, 694 peuvent s'établir par témoins, mais il n'en résulte aucun argument sérieux contre notre thèse.

Le fait juridique, ont dit MM. Aubry et Rau, « c'est le fait de l'homme qui, par sa nature, a pour résultat immédiat et nécessaire de produire des conséquences juridiques quelles qu'elles soient ». — Si j'examine les circonstances de l'art. 692 et de l'art. 693, je ne vois pas qu'aucune d'elles constitue un fait juridique : pour l'apparence, la continuité, la mise en état des lieux, il n'y a pas de doute, il s'agit uniquement de manières d'être, d'états purement matériels; quant à la communauté d'origine, elle ne constitue pas davantage un fait juridique, soit, comme le dit M. Demolombe, parce qu'on demande la preuve non pas du droit de propriété mais du fait que les fonds ont été possédés simultanément à titre de propriétaire par la même personne; soit parce que cette réunion des fonds dans la même main n'a pas été voulue dans le but immédiat et naturel de donner naissance au droit dont la destination du père de famille est la preuve. Si, en effet, dans la preuve d'un fait juridique, la loi se méfie des témoins,

c'est parce qu'il s'agit de discerner une intention immédiate de produire des effets de droit, appréciation qui pourrait n'être pas à la portée de personnes dont la sincérité et surtout la compréhension sont quelquefois très douteuses. Or, on ne peut pas dire que cette intention existe dans la possession simultanée de deux fonds ; on ne peut pas dire que l'effet naturel et nécessaire de cette possession simultanée, de cette communauté d'origine est la génération d'une servitude ; sans doute cette intention de créer éventuellement une servitude accompagne la mise des lieux en état, mais cet acte d'arrangement est essentiellement matériel, on ne conçoit pour lui ni la nécessité, ni la possibilité d'une preuve écrite, et si l'on me demande comment on peut attacher à cette manifestation matérielle, peut-être équivoque, la signification d'une intention, je répondrai que c'est précisément l'originalité du système de déplacer la preuve en attachant la force capable de prouver l'intention à des circonstances à côté.

A la vérité, quand la continuité manque, par un scrupule facile à comprendre, le législateur introduit une sévérité de la preuve. Il faut établir ce que j'ai déjà appelé la neutralité bienveillante de l'acte de séparation et pour cela il faut une preuve écrite : la présentation de l'acte de séparation. Je démontrerai dans ma seconde partie, sur laquelle même j'empiète un peu pour réfuter la troisième objection qui est une objection d'administration de la preuve, je démontrerai que l'exi-

gence d'une preuve écrite ne contrarie en rien l'application du système du déplacement de la preuve. Il résulte ainsi de ces observations qu'à l'encontre de l'objection qui nous était faite, il n'y a aucune incompatibilité entre la conception que nous nous faisons de la destination du père de famille et l'administration d'une preuve testimoniale.

Quatrième objection. — La quatrième objection demandera d'assez longs développements ; elle consiste à estimer que, si le fonctionnement de notre institution est subordonné à l'existence d'un contrat ordinaire tacite générateur de servitude, la destination du père de famille peut seulement être admise tout comme « la déduction » du droit romain, lorsque la nature de l'acte de séparation permet la manifestation de la volonté des parties, par suite, nous disent nos adversaires, la destination du père de famille doit, dans votre opinion, être écartée toutes les fois qu'il s'agit d'une séparation forcée des héritages (saisie, prescription, expropriation). Or, ajoutent-ils, la jurisprudence est bien fixée au moins sur les deux premiers modes (saisie et expropriation) et elle admet l'application des articles 692, 693, 694. — N'est-ce pas la condamnation de votre point de départ ?

A l'encontre de ce point de vue, je prétends démontrer qu'en effet la destination du père de famille fonctionne en cas de séparation des fonds par saisie ou expropriation, mais que la nature de ces modes de séparation, n'empêche pas la possibilité de l'accord

ordinaire générateur du droit dont la destination du père de famille est la preuve.

I. — *La destination du père de famille fonctionne en cas de saisie et d'expropriation :*

A. SAISIE. — Cour de Bourges, 17 janvier 1831. Sirey, 1832, 2, 88. « Considérant, sur la deuxième question, qu'un des articles du cahier des charges porte que l'adjudicataire jouira des servitudes actives attachées à la terre de Bar ; qu'en fait, il a été articulé et non dénié qu'à l'époque de la mise en vente et de l'adjudication, ainsi qu'il en était précédemment usé, la tuilerie des Gruau tirait la terre et les pierres nécessaires à son roulement, dans le champ des « terres fortes de la vigne » ; que les intimés, propriétaires des dits champs, leur avaient donc attaché cette destination dont le signe est incontestablement apparent ; que c'est alors le cas d'appliquer l'article 694. »

Cour de Caen, 15 décembre 1836, Sirey, 1837, 2, 187. « Considérant que, dans le cas dont il s'agit, on a vendu 2 héritages : le fonds dominant et le fonds servant par adjudication sur saisie immobilière ;

« Considérant que cette vente est réputée faite par le vendeur, et que les ventes ayant eu lieu successivement, il s'est trouvé dessaisi et a disposé d'abord de l'un des héritages, ce qui suffit pour qu'il y ait appli-

cation de l'art. 694 qui n'a pas exigé un espace de temps plus ou moins long entre la vente de l'un et celle de l'autre des héritages. »

B. EXPROPRIATION. — Le tribunal de Bayonne, 31 juillet 1866, et la Chambre des Requêtes, 20 janvier 1868, Dalloz, 1868, 1, 134, ont jugé que la destination du père de famille ne pouvait pas servir à établir une servitude de vue au profit d'un hôtel et à la charge du terrain dont le propriétaire de l'hôtel a été exproprié ; car, suivant les expressions du tribunal de Bayonne, « si une servitude de vue existait sur un terrain exproprié, elle serait anéantie par l'expropriation du terrain servant ; qu'à plus forte raison, la loi ne permet pas, en matière d'expropriation, l'application des principes ordinaires sur l'établissement des servitudes par la destination du père de famille ; que l'expropriation ne peut, en effet, en même temps éteindre les droits de servitude des tiers et en faire naître de nouveaux au profit de l'exproprié ».

A la vérité la Chambre des Requêtes estima que le jugement attaqué « avait résolu d'une manière trop absolue la question de fond relative à l'existence des servitudes ». Cependant l'erreur de cette appréciation ne parut pas à la Cour suprême « de nature à influencer sur le dispositif ».

Il y a lieu de remarquer, surtout en présence du demi-blâme infligé au Tribunal par la Chambre des

Requêtes, que la façon dont les premiers juges comprirent l'effet libératoire de l'expropriation ne fut pas impeccable ; en tout cas, si le fonctionnement de la destination du père de famille a été par eux repoussé, ce n'est pas pour une raison spéciale tirée de la nature de notre institution juridique, c'est pour un motif plus général par application de l'article 21 de la loi du 3 mai 1841.

Au reste, la conception dont nous venons d'exposer la double manifestation ne tarda pas à changer, comme le prouve la solution admise sur une question identique par trois juridictions successives. V. Cour de Toulouse, 21 janvier 1897. Chambre des Requêtes, 10 novembre 1897. Dalloz, 1898, 4, 177 à 183.

Dans l'espèce qui fut soumise au tribunal de Castres, à la Cour de Toulouse et à la Chambre des Requêtes, il s'agissait d'une action négatoire intentée par un propriétaire exproprié pour contester à la commune, au profit de laquelle avait eu lieu l'expropriation, les droits de vue et de passage sur le terrain qui était resté entre ses mains. Le Tribunal de Castres, après un examen très sérieux de la question de fait, admit le fonctionnement de la destination du père de famille, malgré le caractère exceptionnel du mode de séparation. Sur appel cette décision fut maintenue par la Cour de Toulouse dans un arrêt où nous remarquons quelques attendus :

« Attendu qu'il existait un signe apparent de servitude consistant dans la forme même d'une rue éta-

blissant une communication permanente et publique entre deux autres voies au profit de l'immeuble, objet de l'expropriation, et qu'on ne trouve aucune convention relative à cette servitude ;

« Attendu, dès lors, qu'il y a lieu de faire application de l'article 694 et de décider que la servitude continuera d'exister ;

« Attendu que la forme de l'expropriation pour cause d'utilité publique importe peu, l'article 694 n'établissant aucune distinction entre les divers modes de séparation. »

Vient ensuite une partie de l'arrêt dans laquelle les magistrats de la Cour de Toulouse repoussent l'intervention des créanciers hypothécaires, malgré le défaut de transcription de l'acte constitutif de la servitude réclamée par la ville.

Le pourvoi formé par cet arrêt fut rejeté ;

« Attendu, dit la Cour suprême, qu'il avait été dressé un cahier des charges dont les énonciations se trouvent reproduites dans un autre cahier des charges sur les mêmes immeubles et d'où résulte la preuve de la destination originaire ;

« Attendu qu'il existait un signe apparent...

« Attendu qu'en déduisant de ces constatations de fait et en l'état du silence du jugement d'expropriation relativement à la servitude litigieuse, qu'il y avait lieu de faire l'application à l'espèce de l'article 694, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions légales visées au premier moyen. »

Sur le deuxième moyen : « attendu qu'on doit dès lors considérer les servitudes légales » (de l'article 692 et de l'article 694) « comme opposables aux tiers indépendamment d'une transcription que l'absence de tout acte qui les constate rend impossible ; qu'on ne saurait en fait exiger des bénéficiaires de ces servitudes qu'ils se procurent un acte pour le faire ensuite transcrire ; que ce serait, non seulement ajouter à la loi, mais transformer un consentement tacite en un consentement exprès et supprimer la destination telle que le code l'a imaginée.

Par ces motifs. — Rejette. »

Il faut voir à mon sens dans cette décision, qui n'est pas une solution d'espèce, l'affirmation autorisée du principe d'après lequel la nature du mode de séparation n'empêche jamais le fonctionnement de la destination du père de famille, même si cette séparation est dite forcée parce qu'elle s'opère par voie de saisie et d'expropriation.

Je remarque, en effet, que le principal argument développé par le tribunal de Bayonne pour repousser l'application de l'article 692 et de l'article 694 en matière d'expropriation, est facilement réfutable. On dit « en présence des termes de l'article 24 de la loi du 3 mai 1841, il est évident que si une servitude de vue existait sur un terrain exproprié, elle serait anéantie par l'expropriation du terrain servant ; que l'expropriation ne peut, en effet, éteindre les droits de servitude des tiers

et en faire naître de nouveaux au profit de l'exproprié. »

Mais je répondrai avec M. le professeur Boistel que l'article 21 de la loi du 3 mai 1841 donne à l'administration le droit de faire disparaître toutes servitudes ou charges de l'immeuble exproprié ; mais ce que ce texte n'implique aucunement l'impossibilité d'une charge foncière et l'obligation d'user de ce droit.

Si l'on me fait observer que la destination du père de famille peut seulement fonctionner s'il y a réciprocité possible, c'est-à-dire s'il n'y a aucun obstacle à ce que le fonds dominant pût être servant aux termes de l'article 694 qui déclare « que la servitude continue d'exister activement ou passivement en *faveur* ou à *charge* du fonds aliéné » ; je remarquerai que si, sans doute, l'inaliénabilité du domaine public dont va faire partie l'immeuble, objet de l'expropriation, peut être à première vue un obstacle à cette indispensable réciprocité, cependant au fond il n'est rien ; car l'inaliénabilité suppose l'affectation « *ad usum publicum* » ; or, dans l'espèce soumise au tribunal de Castres, à la Cour de Toulouse et à la Chambre des Requêtes, cette inaliénabilité n'existait pas pour l'immeuble, objet de l'expropriation, parce que cet immeuble était une maison d'école, c'est-à-dire un bâtiment non ouvert au public.

Si l'on ajoute à ces considérations que le service foncier qui existe au profit de l'immeuble, objet de l'expropriation, est l'accessoire du droit de propriété qui porte sur cet immeuble, et qu'ainsi l'accessoire doit suivre le

principal ; si, d'autre part, on veut bien considérer que ce même immeuble, objet de l'expropriation, doit être délivré *cum omni sua causa* et qu'il n'y a pas dans l'application de ces règles l'unique souci de favoriser l'administration, qu'au contraire les mêmes solutions interviendraient dans le cas où la situation serait renversée, puisque, comme le dit M. Boistel, rien ne s'oppose à ce qu'il y ait réciprocité, on comprendra sans peine que la controverse doit être aujourd'hui considérée comme fermée, et qu'on ne saurait hésiter à appliquer les articles 692, 693, 694 au cas de saisie et d'expropriation.

Au reste, il n'y a dans cette compréhension du texte rien qui puisse contrarier notre thèse, car je prétends démontrer ce que j'affirmais en débutant :

II. — *A savoir que l'accord ordinaire constitutif de la servitude établie par destination du père de famille ne fait pas défaut en cas de saisie et d'expropriation.*

A'. SAISIE. — On pourrait tout d'abord argumenter de l'assimilation de la saisie à la vente en ce que l'une et l'autre entraînent l'obligation de garantie ; mais j'aime mieux, et ce sera plus conforme à l'idée qui domine notre système, j'aime mieux chercher dans la conduite du saisi, comme aussi dans la connaissance

qu'aura l'adjudicataire du service susceptible de devenir une servitude, la manifestation, la force probante d'un accord. Il est bien certain en premier lieu que la signification qui s'attache à l'arrangement pris par le futur saisi est la même que celle qui résulte d'une disposition semblable du père de famille en temps ordinaire ; ainsi le futur saisi peut, par la création du service foncier, manifester son intention de faire naître éventuellement une servitude ; d'autre part, si, entre le moment de l'arrangement et celui de l'adjudication, il change d'avis, il a toutes espèces de moyens pour faire connaître sa volonté : avant de se laisser saisir, il pourrait modifier l'état des lieux ; il pourrait encore faire insérer une réserve spéciale dans le cahier des charges ; j'estime même que tant que l'adjudication n'a pas eu lieu, le saisi, étant propriétaire, a tous les droits que la loi ne lui a pas retirés, qu'ainsi les restrictions apportées à son administration sont limitatives et que, qu'il soit séquestre ou qu'il ne le soit pas, il peut modifier l'arrangement créé par lui ; car on ne saurait en aucun cas assimiler cette modification à une dégradation. Par suite, s'il s'abstient de tout geste indiquant un changement d'intention, il me paraît tout naturel d'attacher à son silence la signification ordinaire. Le consentement du maître commun existe donc et se révèle en cas de saisie de la même façon qu'au cas de vente, par exemple, et, ce qui est vrai du maître, l'est aussi des ayants-cause : la continuité, l'apparence du service sont au-

tant de garanties qu'ils ont connu ce service et leur attitude, le silence favorable du cahier des charges sont autant de preuves qu'ils l'ont accepté. Au reste, si nous consultons les décisions rendues sur ce point, nous nous apercevrons que leurs termes et leur fond sont favorables à nos idées. Bourges, 17 janvier 1831. Sirey, 1832, 2, 88, déjà cité, « à l'époque de l'adjudication les intimés avaient attaché à la terre des Gruau cette destination dont le signe est incontestablement apparent ». Caen, 13 novembre 1836. Sirey, 1837, 2, 187, déjà cité, « considérant que la vente par adjudication sur saisie immobilière est réputée faite par le saisi, car il s'est trouvé successivement dessaisi et a disposé de l'un des héritages, etc... »

Je crois avoir ainsi démontré que si la destination du père de famille fonctionne en matière de saisie, c'est parce que l'accord constitutif de la servitude existe et se révèle de la même façon qu'en cas de séparation dite volontaire des héritages ; je pense n'avoir pas de peine à démontrer que la même assimilation est vraie en matière d'expropriation.

B'. EXPROPRIATION. — L'argument principal que l'on nous oppose est tiré du caractère obligatoire et forcé de la séparation en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. On dit en effet : comment peut-il y avoir consentement tacite ou présumé du maître de deux héritages, alors que le jugement d'expropriation

le dépossède de son bien, le lui prend, même contre sa volonté? Je réponds que sans doute il ne dépend pas du maître commun d'être dépossédé ou de rester en possession de son bien, mais qu'il dépend de lui de laisser les lieux dans l'état duquel résulterait la servitude ou au contraire de leur faire subir des modifications avant le jugement d'expropriation. Par suite, puisque la possibilité de changement est la même qu'en cas de saisie, je ne vois aucune bonne raison de ne pas attacher, à l'état des lieux, au signe apparent, aux énonciations du cahier des charges la preuve de la destination originaire comme dans l'hypothèse précédente.

L'arrêt de la Chambre des Requêtes déjà étudié nous fournit d'ailleurs un autre argument des plus précieux. Cet arrêt statuant sur le second moyen du pourvoi repousse l'intervention des créanciers hypothécaires, parce que on ne peut pas se prévaloir du défaut de transcription de l'acte constitutif de servitude, autrement, si l'on exigeait des bénéficiaires des servitudes « légales » prévues par les articles 693 et 694 qu'ils se procurent un acte pour le faire ensuite transcrire, « ce serait non seulement ajouter à la loi, mais transformer un consentement tacite en un consentement exprès et supprimer la destination telle que le code l'a organisée ».

On ne peut pas être plus clair et dire de façon plus explicite :

1° Que la servitude établie par destination du père de famille est constituée par consentement tacite ; 2° que la transformation d'un consentement tacite en consentement exprès empêcherait l'application des articles 692, 693, 694 « en supprimant la destination telle que le Code l'a organisée ».

3° Que l'existence de cet accord tacite est parfaitement compatible avec la forme de l'expropriation pour cause d'utilité publique. D'autre part, la dénomination « servitudes légales » employée par le même arrêt est des plus significatives : la servitude, en effet, est dite légale, non pas à cause de son origine qui est conventionnelle comme l'arrêt vient de le dire, mais à cause de sa preuve ; car la loi a attaché aux circonstances prévues par nos trois articles la présomption de consentement des parties. Voir le rapport de M. le Conseiller Alphandéry.

C. PRESCRIPTION. — Ainsi l'application des articles 692, 693, 694 aux deux cas de séparation forcée (saisie et expropriation) ne fournit contre notre thèse aucun argument sérieux, puisque les dernières décisions jurisprudentielles trouvent la raison de cette application dans l'exactitude de notre point de départ : l'existence, même dans ces hypothèses, d'un élément intentionnel constitutif de servitude.

Les mêmes objections pourraient se présenter et les mêmes questions se poser lorsque la séparation des

héritages survient par prescription acquisitive de l'un d'eux. Je pense que la solution devrait être identique ; sans doute aucun tribunal n'a encore eu à s'occuper de la difficulté, et l'on peut se demander dans quelle voie s'engagera la jurisprudence ; je ne crois pas pourtant que l'hésitation puisse être sérieuse, car, d'une part, une jurisprudence imposante décide que le fonctionnement de la destination du père de famille est indépendant du mode de séparation des immeubles, et, d'autre part, il est possible de trouver soit dans la négligence de celui contre qui se réalise la prescription, soit dans l'attitude de « l'usucapiens », en tenant compte aussi des circonstances de l'art. 693 et de l'art. 694 dont rien dans notre hypothèse n'empêche la réunion, il est possible de trouver une manifestation suffisante de la volonté des parties.

De deux choses l'une en effet : ou bien l'immeuble usucapé est fonds servant, ou bien il est fonds dominant : Dans le premier cas l'usucapiens l'acquiert tel qu'il l'a joui : *quantum possessum tantum prescriptum* ; dans le second cas, il n'y a aucune difficulté à supposer que si la négligence du propriétaire commun a pu lui faire perdre la propriété d'un de ces héritages, cette même négligence peut-être cause que l'immeuble conservé sera grevé d'une servitude au profit de l'immeuble perdu. De même qu'il dépendait du maître commun d'interrompre la prescription acquisitive, de même il dépendait de lui d'empêcher l'acquisition par « l'usu-

capiens » d'une servitude sur le fonds conservé, soit en ne perdant pas la propriété du fonds dominant, soit seulement en apportant à l'état des lieux des modifications matérielles avant la réalisation de la prescription acquisitive. Et si, au lieu de la prescription trentenaire, on envisage la prescription de 10 ou 20 ans, outre que la même signification s'attache à la même attitude en présence des mêmes circonstances, on peut ajouter que « l'usucapiens » est considéré comme étant l'ayant cause, non pas de celui qui lui a concédé le juste titre, mais du véritable propriétaire, en sorte que par une fiction légale ce dernier est assimilé à un vendeur et qu'ainsi l'existence de l'élément intentionnel se trouve d'autant mieux établie.

Cinquième objection. — La dernière objection qui pourrait nous être opposée, objection d'ailleurs de pure forme, serait tirée des termes employés par certains arrêts lorsqu'il s'agit de qualifier la destination du père de famille. V. Rennes, 1^{er} mars 1874, Dalloz, 1875, 2, 60. Bastia, 17 décembre 1856, Dalloz, 1858, 2, 210. Cass. civ. 31 décembre 1878, Dalloz, 1879, 1, 375. Cass. civ. 25 octobre 1887, Dalloz, 1888, 1, 106. Paris, 7 jan^{vi}er 1890, Dalloz, 1890, 2, 175.

Ces arrêts, en effet, appellent notre institution « un mode de constitution des servitudes ». Je ne crois pas qu'il faille se laisser inquiéter par ces expressions pourtant singulières. Outre qu'on pourrait argumenter du petit nombre de ces manifestations jurisprudentielles

et invoquer en faveur de notre thèse le très grand nombre d'autres arrêts qui n'adoptent ni cette manière de voir, ni cette manière de parler, je crois, comme d'ailleurs j'ai eu l'occasion de l'exposer déjà, que la méthode d'interprétation littérale, dangereuse lorsqu'il s'agit d'interpréter un texte, est tout à fait inacceptable vis-à-vis de décisions dont les auteurs n'ont ni le rôle, ni l'autorité, ni la préparation du législateur ; au reste, en se référant à la distinction déjà établie de la destination au sens étymologique et de la destination au sens juridique, en tenant compte de l'habitude vicieuse, quoique explicable, de voir dans l'arrangement du maître, dans la manifestation de sa volonté, l'élément intentionnel unilatéral suffisant, on peut expliquer ce qui, à première vue, peut déconcerter. V. notamment, Seine, 10 août 1889. Paris, 7 janvier 1890. Dalloz, 1890, 2, 175.

« Attendu que la demanderesse ne peut pas invoquer la destination du père de famille, puisque cette destination du père de famille ne résultait que de l'état des lieux établi par le cahier des charges et qu'au surplus la destination du père de famille ne peut constituer des servitudes non apparentes ». etc.

Enfin on peut se demander quelle est la valeur exacte de ces expressions « mode de constitution des servitudes ». Faut-il y voir une affirmation de cette idée que notre institution est un mode spécial de constitution des servitudes ou, au contraire, ne faut-il pas plus na-

turellement admettre que ces rares arrêts ont visé le moyen d'établir le droit par la réunion des circonstances significatives, des éléments de preuve que le texte a prévus ?

Il est si facile dans un langage un peu courant de confondre l'acte et sa preuve : *Idem est non esse et non probari*.

Ainsi, je crois avoir, soit par des arguments positifs, soit par la réfutation des objections que l'on nous oppose, établi que la destination du père de famille, bien qu'elle suppose, pour son fonctionnement, un accord ordinaire tacite constitutif de servitude, ne se confond ni avec un mode spécial, ni même avec un mode ordinaire de création d'un droit réel.

Je démontrerai dans ma seconde partie qu'elle est un mode de démonstration, un mode de preuve ; mais auparavant je voudrais tirer quelques conséquences pratiques de cette idée que notre institution cache une constitution par titre.

J'arriverai, ce faisant, à énoncer et à légitimer les conditions de fond de droit commun que suppose le fonctionnement de la destination du père de famille.

Sans doute le texte ne fait aucune allusion à la nécessité de leur réunion, mais ce silence d'une part, et, d'autre part, le fait que la jurisprudence exige ces conditions prouvent une fois de plus que les art. 692, 693, 694 renvoient au droit commun pour la création du droit et apportent seulement des dispositions exception-

nelles pour régler la démonstration, la preuve de ce droit.

Section IV

Application du droit commun à l'accord constitutif dont la destination du père de famille suppose l'existence

§ 1. — *Mécanisme de la formation du contrat.*

Je crois avoir démontré que lorsqu'il y a fonctionnement de la destination du père de famille, la servitude a une origine conventionnelle ; je me suis en effet efforcé d'établir que l'acte constitutif est un contrat tacite et accessoire. Je voudrais maintenant rechercher quel est le mécanisme de la formation de ce contrat. Il me semble que l'on peut y voir une application des règles de l'offre et de l'acceptation. V. notamment Paris, 7 janvier 1890. Dalloz, 1890, 2, 173. « Attendu qu'il n'est nullement établi que, depuis la division des fonds, la dite servitude ait jamais été reconnue ou acceptée par les auteurs des parties », etc...

Le père de famille crée entre deux fonds lui appartenant une relation de dépendance, en sorte que l'un des immeubles tire de l'autre un service foncier ; si, par la volonté du maître commun, cet état de chose subsiste

jusqu'au moment de la séparation des fonds, il n'y a aucune bonne raison de refuser de voir dans la volonté créatrice de l'arrangement des lieux et cause de son maintien une offre faite aux ayants cause éventuels de conserver cet état de choses, cette relation de dépendance, qui, tout en produisant les mêmes effets, en ce qui concerne l'exploitation des héritages, prendra des caractères juridiques différents par suite de leur séparation. La communauté d'origine et la mise en état des lieux rendent l'offre possible, le maintien de l'arrangement démontre que cette offre n'a pas été retirée ; la continuité, l'apparence du service sont autant de moyens d'en révéler l'existence ; le silence des ayants cause et la neutralité bienveillante de l'acte de séparation sont autant d'indices qu'elle a été acceptée. On ne peut tirer de sa forme aucune objection ; sans doute cette offre et son acceptation sont tacites ; mais il y a d'autres cas où un simple fait peut valoir offre de contracter, ou conclusion de l'accord. Ainsi celui qui fait stationner les voitures publiques dans les rues et places d'une ville est censé les offrir au public au prix du tarif ; par suite, l'acte du voyageur qui s'introduit dans la voiture en offrant d'en payer le prix est la conclusion d'un contrat et non une voie de fait (Justice de paix de Paris, 14^e arrondissement, 5 janvier 1882. Dalloz, 1882, 3, 110). De même le fait du locataire qui reste en possession des lieux loués après l'expiration de son bail est considéré comme une offre tacite de renouveler le bail aux

mêmes conditions, et si le bailleur y consent il y a tacite reconduction (art. 1738 et 1759) (V. Planiol, t. II, p. 334, n° 971.

Sans doute, dans notre cas, il n'y a pas libre discussion entre les deux parties; l'une fait la loi du contrat: elle dicte ses conditions à l'autre qui se borne à les rejeter ou à les accepter par oui ou par non; mais cela n'est pas spécial à notre hypothèse, puisque l'on a admis, sans grande utilité d'ailleurs, comme le dit M. Planiol, la catégorie des « contrats d'adhésion ».

L'offre est faite sans fixation de délai, il faudra donc pour qu'elle devienne caduque qu'elle soit retirée et le père de famille pourra la retirer en modifiant l'état des lieux de manière que l'utilisation du service foncier soit rendue impossible. Par contre, cette offre ne deviendra pas caduque par le décès de son auteur, puisque la destination du père de famille fonctionne sans qu'il y ait lieu de considérer la nature de l'acte de séparation, il faut chercher la raison de cette particularité soit dans la nature du droit auquel il s'agit de donner naissance, droit qui est de sa nature perpétuel, soit dans le souci qui a dicté au maître commun l'arrangement matériel; souci de « permanence et de pérennité qui révèle la pensée d'une affectation perpétuelle devant survivre à la division de la propriété ». V. notamment Bastia, 17 décembre 1856. Dalloz, 1858, 2, 210, 211. Au reste, il n'est pas inutile de remarquer que cette question de la caducité de l'offre par le décès de son auteur

n'est pas encore complètement résolue ; sans doute la jurisprudence considère l'offre comme personnelle à celui qui l'a faite : Cass. 21 avril 1891. Sirey, 1895, 1, 398, mais elle tire argument de l'art. 932 qui ne vise que les offres de donation. Ainsi, en présence d'une offre de maintenir un état de choses qui, par sa nature, aussi bien que par le désir de son auteur doit être permanent, il n'y a aucun inconvénient à admettre que la seule cause de caducité possible sera le retrait de cette offre manifesté de façon non équivoque, par exemple au moyen d'une modification essentielle de l'état des lieux.

Quant à la manière dont l'acceptation sera portée à la connaissance du pollicitant, elle est très simple, le silence de l'ayant cause en présence d'une situation non-équivoque qu'il connaît ou bien les indications indirectement favorables de l'acte de séparation seront pour le pollicitant autant de moyens de savoir que son offre a été connue et par suite acceptée, puisque celui à qui on délivre une chose et qui ne fait aucune réserve reçoit la chose *cum sua causa*.

Je conclus de ce rapide examen que rien dans le mécanisme de l'offre et de l'acceptation ne contrarie l'idée que nous nous faisons du mécanisme de notre contrat.

§ 2. — *De l'objet du contrat.*

L'objet du contrat se confond avec l'objet des obligations qu'il fait naître. Dans notre hypothèse l'accord tacite a lieu en vue de créer l'obligation de respecter la relation établie par le maître commun ; sans doute, puisqu'il s'agit d'un droit qui existe *ergo omnes* cette obligation suppose un nombre indéfini de sujets passifs, mais il est vrai de dire que son exécution ne gêne qu'une personne, le propriétaire du fonds servant, et n'intéresse aucunement les autres ; c'est d'ailleurs pour pour cette raison, que l'on arrive à comprendre la création, par l'accord de deux personnes, d'un droit opposable à tous ; sans doute encore dans le cas où la relation établie par le maître commun existe à son profit, on a peine à admettre la logique de l'offre faite ; en effet, si l'on comprend une offre de devenir propriétaire servant, on comprend moins bien celle d'être propriétaire dominant, car on n'aperçoit pas du tout quels pourraient être les mobiles de l'acceptation ! Il n'y a là qu'une apparence et tout s'éclaire si l'on veut bien réfléchir que le prix de vente ou les conditions du partage ou encore, d'une façon plus générale, les conditions de la séparation varieront suivant que le propriétaire dominant sera tel ou tel, et qu'ainsi l'avantage de détenir le fonds do-

minant se paiera par exemple par une diminution du prix si le bénéficiaire est le vendeur ou par une augmentation si c'est l'acheteur. On voit donc comment et pourquoi notre contrat fait naître des obligations dont l'objet n'a rien de déconcertant ni même de contraire au droit commun.

Cette opinion se fortifie quand on s'aperçoit que cet objet doit être déterminé, possible, licite.

Déterminé, il l'est, puisque la relation de dépendance existe avant la séparation des héritages sous la forme d'un service foncier assurant l'exploitation du fonds dominant par le fonds servant, puisque, par conséquent, la servitude qui prend naissance n'est que la continuation de ce service foncier, avec évidemment des caractères juridiques différents, mais sans aggravation ni diminution d'étendue. V. Cas. Belge, 17 décembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20, (1).

Possible, il l'est puisqu'il y a continuation d'un état de chose antérieur, *quod est possibile est*. V. Requêtes 15 novembre 1886, D. 1887, 1, 495 (2).

(1) « Les servitudes dont la destination du père de famille est le titre ont l'étendue qu'impliquent les services voulus par le propriétaire des deux fonds. »

(2) Cet arrêt décide qu'on ne saurait invoquer ni l'autorité de la chose jugée, ni l'impossibilité de changer l'arrangement du maître « lorsqu'il s'agit d'ordonner la destruction d'un ouvrage qui avait pu être sans importance à une autre époque, mais dont les experts ont signalé les graves inconvénients ». Ce changement est autorisé par l'impossibilité d'user du service tel qu'il a été établi. L'impossibilité survenue retentit sur l'objet du contrat, puisque le service ori-

Licite, il doit l'être, la jurisprudence l'exige nettement. V. notamment. Tribunal de Dreux, 24 mai 1842. Sirey, 1844, 2, 484-486. « Attendu que la destination du père de famille ne peut pas être invoquée utilement dans l'espèce, puisqu'elle ne résulterait que d'une contravention plus ou moins longue au règlement concernant le mode d'irrigation. »

La Cour de Paris confirme le 30 avril 1844.

Les expressions destination du père de famille sont prises ici dans leur sens étymologique : l'état de choses, l'arrangement matériel qui constitue cette destination est une contravention aux règlements administratifs. C'est pour cela que le tribunal et la Cour n'admettent pas la validité de l'accord qui aurait pour objet la continuation de cet état de choses irrégulier. V. encore Orléans, 12 mai 1883, Dalloz, 1883, 2, 119.

La Cour d'Orléans a estimé que le droit de retenir l'eau à 0,56 en contre-bas du seuil d'un moulin, au risque d'inonder les propriétés inférieures, est une servitude continue et apparente susceptible de s'acquérir par prescription et de s'établir par la destination du père de famille, mais elle a subordonné le fonctionnement de ces institutions juridiques à la constatation que si les propriétaires inférieurs renoncent à se plaindre, cette renonciation n'a rien de contraire à l'ordre public.

ginaire est maintenu seulement dans la mesure où il est utilisable sans inconvénient.

Je m'explique aisément cette condition, c'est que la prescription, tout comme la destination du père de famille suppose un accord tacite dont l'existence ne peut être valablement admise et dont la preuve ne peut être reçue que si l'objet de cet accord n'a pas un caractère illicite. La même solution a été implicitement consacrée par le tribunal de Château-Gontier le 3 août 1811 et la Cours d'Angers le 20 janvier 1813. — Sirey, 1813, 2, 65.

Enfin, je vois la même nécessité, la même exigence d'un objet licite dans les nombreuses décisions jurisprudentielles qui subordonnent le fonctionnement de la destination du père de famille à l'utilité du service foncier.

Le législateur, préoccupé en 1804 par les craintes révolutionnaires encore très vives d'une résurrection féodale, n'a admis les servitudes qu'avec répugnance ; il a subordonné leur existence à des conditions restrictives, il en a fait une institution exceptionnelle et, quoi qu'on dise, cette conception directrice n'a pas beaucoup varié ; incontestablement de nos jours les servitudes d'agrément, de prospect sont fréquentes, mais malgré leur nom, malgré leur apparence, ces servitudes sont souvent commandées par le « besoin impérieux du fonds dominant » ; quelle plus value pour une demeure qu'un magnifique panorama ! quelle diminution de valeur si le coup d'œil vient à être bouché ! il y a des habitations qui ne valent que par la vue dont on y

jouit : la servitude *non altius tollendi* n'est pas pour elles un accessoire, un ornement superflu, elle en représente toute la valeur.

Ainsi la preuve de l'utilité du service exigée par la jurisprudence en matière de destination du père de famille n'est pas spéciale à notre institutions juridique, puisque la conception qui a dirigé le législateur a été de ne faire grâce aux servitudes que, eu égard à l'avantage essentiel procuré au fonds bénéficiaire. Mais, précisément, cette extension confirme notre système d'après lequel l'accord constitutif et son objet sont régis par le droit commun.

Je vais d'ailleurs examiner sommairement les décisions jurisprudentielles qui sont à l'appui de ces considérations.

Un arrêt de la Chambre civile 15 février 1843. Sirey. *Recueil*, année 1843, . 1, 151, pose le principe d'une façon très nette : « Attendu, dit la Cour, que la liberté des héritages est de droit commun, les servitudes ne sont qu'une exception et, comme telles, doivent être prouvées ».

Ainsi l'état de servitude est anormal, contraire à l'esprit du Code. Dans quel cas la servitude sera-t-elle licite ? les arrêts suivants répondent à cette question : il faut qu'elle soit vraiment utile.

La Cour de Bordeaux, 18 janvier 1850, Dalloz, 1851, 1, 123, considère que la faculté d'acquérir la mitoyenneté ne peut pas avoir pour effet la fermeture d'un

jour lorsque « les acquéreurs, en utilisant cette ouverture n'ont pas changé la destination du père de famille et que l'inutilité complète et actuelle de ce jour ne ressort pas des termes du procès-verbal du Juge de paix chargé de vérifier les lieux. »

La Cour de Poitiers, 16 février 1853, Dalloz, 1854, 2, 74, refuse d'admettre qu'une servitude de passage puisse être établie par destination du père de famille lorsque le groupe susceptible d'en bénéficier ne doit pas en avoir pour son usage « un besoin nécessaire et impérieux ».

La Cour de Bastia, 17 décembre 1856, Dalloz, 1858, 2, 210, qui repousse le fonctionnement de la destination du père de famille en matière de passage au moyen d'une échelle mobile, appuie sa décision sur trois motifs dont l'un est l'inutilité du service ou plus exactement la non nécessité de ce service.

Dans un sens différent, mais avec la même préoccupation, la Chambre des Requêtes, 12 janvier 1869, Dalloz, 1869, 1, 224, a vu dans la porte ouverte sur un terre-plein conduisant aux chaussées d'un étang le signe apparent d'une servitude de passage établie par destination du père de famille parce que « le passage n'était pas possible de l'autre côté à raison de prairies marécageuses et d'un gué incommode ». V. également Cour de Douai, 28 avril 1875, et Requêtes, 7 mars 1876, Dalloz, année 1878, 1, 69.

« Attendu que cette servitude n'est pas commandée

par les besoins de l'exploitation et que, dès lors, la destination du père de famille n'est pas démontrée aux fins et dans la mesure de la dite servitude, etc. » Cour de Nîmes, 22 février 1886, Dalloz, 1887, 1, 493.

« Attendu enfin que c'est à tort que la ville soutient que le trop plein de la grande fontaine et les bouillonnements intérieurs des bassins sont plus que suffisants pour l'alimentation des moulins, par ces motifs » admet la destination du père de famille. » Requêtes. 3 novembre 1896. Dalloz, 1897, 1, 214. Enfin Cass. civ., 30 juin 1909. — Pandectes françaises, 1909, 1, 495.

« Par dérogation au principe du droit romain, la coutume locale de Provence permettait de se prévaloir de la destination du père de famille dans le cas où le passage était non seulement utile, mais rendu nécessaire par l'état d'enclave. »

En résumé, la servitude pour être licite doit être utile, c'est une condition du droit commun ; or, un grand nombre d'arrêts subordonnent l'application des articles 692, 693, 694 à la preuve de l'utilité de la servitude ; c'est donc que l'objet du contrat dont la destination du père de famille suppose l'existence est régi, quant à sa licéité, par le droit commun.

J'ai déjà dit que cet objet était déterminé, possible, licite, il doit être encore personnel aux parties, c'est-à-dire qu'elles doivent en avoir la disposition, que leurs droits sur les fonds reliés entre eux par un rapport de dépendance doivent être suffisants pour leur permettre

d'assujettir à perpétuelle demeure un des immeubles au service de l'autre. Voir Cour de Dijon, 11 juin 1869. Dalloz, 1871, 5, 355.

« Considérant que l'état de choses d'où résulterait la servitude a été créé par un fermier pour des conventions particulières, qu'ainsi il ne peut avoir qu'un caractère temporaire, comme la jouissance qui en est l'origine, que les caractères de permanence et de perpétuité nécessaires pour l'établissement d'une servitude par destination du père de famille ne peuvent s'attacher qu'aux actes accomplis par le propriétaire de deux héritages, agissant soit par lui-même, soit par son mandataire au nom et dans l'intérêt permanent du propriétaire et non aux arrangements personnels pris par son fermier dans un intérêt accidentel. » V. également Rennes, 14 février 1893. Dalloz, 1896, 1, 11.

« Considérant que si l'ouverture a été faite par le domanier pour lui faciliter l'accès d'une fontaine en passant sur le fonds contigu, il ne s'en suit pas qu'elle ait créé une servitude ; que le domanier n'ayant, en effet, pas de droit sur le fonds, ses actes ne peuvent, en aucune façon, rentrer dans les prévisions de l'article 692 ;

« Considérant que le domanier peut à son gré faire subir toutes les modifications qu'il juge utiles à ses bâtiments, que le fermier n'avait donc pas la faculté d'empêcher l'ouverture de la porte ; qu'il ne résulte d'aucune circonstance qu'il se soit approprié l'acte du domanier, etc. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la Chambre civile le 8 mai 1895.

« Le domanier n'ayant pas de droit de propriété sur le fonds n'a pu, par les modifications qu'il a fait subir à l'état des lieux dans un intérêt personnel, créer une servitude. »

On comprend, en effet, que l'affectation à perpétuelle demeure d'un fonds au service de l'autre suppose, soit chez celui qui crée le service foncier, soit chez celui qui accepte la transformation de ce service en servitude, la qualité de propriétaire.

Ainsi que le fait remarquer M. Demolombe, il faut la qualité de propriétaire aussi bien chez celui qui destine un fonds à être fonds servant que chez celui qui destine un meuble à être immeuble.

Il faut d'ailleurs remarquer que cette condition est exigée par le droit commun et non par l'article 693 ; sans doute ce texte suppose bien la communauté d'origine, c'est-à-dire la qualité de propriétaire chez l'auteur de l'arrangement matériel entre les deux immeubles, mais la jurisprudence voit dans cette circonstance non pas la garantie que le constituant avait des pouvoirs suffisants, mais la preuve suffisante de son intention. V. Montpellier, 27 mars 1890. Dalloz, 1892, 1, 413.

« Au regard des immeubles appartenant à sa femme, le mari ne peut être considéré comme propriétaire ; si l'on comprend qu'une servitude résulte du seul fait du propriétaire du fonds dominant et du fonds servant,

parce que ce fait ne l'appauvrit pas ; il n'en est pas de même dans l'espèce, le tribunal reconnaît lui-même qu'on ne peut *pas présumer* que le mari ait eu l'intention d'aliéner à titre gracieux la terrasse lui appartenant en faveur de l'immeuble de sa femme ; il s'agit d'un démembrement de la propriété et la cession d'un droit de ce genre ne peut résulter que d'une volonté non équivoque et juridiquement exprimée. »

Détail significatif, le pourvoi eut beau faire remarquer que le mari, en tant qu'administrateur légal des propres de sa femme, avait le droit de grever son immeuble d'une servitude au profit de l'immeuble de sa femme, la Chambre des Requêtes fut de l'avis de la Cour d'appel, 19 novembre 1891.

Ainsi le texte spécial, à la destination du père de famille intervient seulement pour régler un élément de conviction quand il suppose la communauté d'origine ; au contraire, le droit commun exige chez le pollicitant et chez l'acceptant des pouvoirs suffisants, parce que l'objet du contrat doit être à la disposition des parties ; de même qu'en principe on ne peut pas promettre le fait d'autrui ou stipuler en faveur d'autrui, de même on ne peut constituer une servitude en faveur ou à la charge d'un fonds qui ne vous appartient pas ; il en est d'autant plus ainsi dans l'esprit de notre jurisprudence que si le maître s'approprie l'acte du fermier et du domanier, il n'y a aucun obstacle au fonctionnement de la destination du père de famille,

parce qu'il n'y a aucun obstacle à la formation de l'accord ordinaire dont notre institution suppose l'existence. V. Rennes, 14 février 1893. Dalloz, 1896, 1, 11, déjà cité.

Toujours par application du droit commun, il a été jugé que si le père de famille a disposé, par exemple, par une institution contractuelle de ses biens, il ne peut pas établir entre deux immeubles, ayant fait l'objet de cette libéralité, la relation de dépendance susceptible de se transformer en servitude ; qu'au contraire, le fonctionnement de la destination du père de famille doit être admis « s'il est resté saisi et avec réserve d'une portion de libre disposition et si l'on ne constate pas qu'aucune aliénation ou disposition ait eu lieu en haine de l'institution par lui faite ». V. Requêtes, 20 décembre 1825. Sirey, 1826, 1, 179.

D'autre part, conformément encore aux principes généraux, la qualité de propriétaire définitif est nécessaire chez celui qui accepte l'offre faite par le père de famille ; si donc le père de famille a fait une donation en avancement d'hoirie et à charge de rapport, le bénéficiaire ayant reçu « non la propriété absolue et irrévocable, mais la jouissance actuelle par anticipation à l'ouverture de la succession, une telle libéralité ne peut servir de fondement à la constitution d'une servitude par la destination du père de famille ». V. Bastia, 17 décembre 1856. Dalloz, 1858, 2. 210.

La Cour ajoute que la prétention d'appliquer l'ar-

ticle 694 ne serait sérieuse que « si le rapport en nature était devenu légalement impossible ».

Je crois qu'il faudrait être un peu plus large sur ce dernier point et admettre l'application de l'article 694, non seulement dans l'hypothèse prévue par la Cour mais encore dans le cas où la chose rapportée est remise dans le lot du donataire par l'effet du partage. En effet, les tiers titulaires de droits réels du chef du donataire sur la chose soumise au rapport ont le droit d'intervenir pour que la chose grevée soit remise dans le lot de leur auteur. Comment s'expliquerait cette intervention si elle n'avait pas pour but la restauration rétroactive des charges, et pourquoi soustraire, s'il en est bien ainsi, à cette restauration, la charge qui résulte de l'accord tacite du maître et du donataire.

Quoi qu'il en soit, si la décision de la Cour de Bastia est un peu étroite, son point de départ est inattaquable; il faut la qualité de propriétaire non seulement chez le père de famille, mais chez l'ayant cause, toute servitude suppose deux immeubles, deux propriétés *nemini res sua servit* et il n'y a aucune raison pour que cela ne soit pas vrai en matière de destination du père de famille.

Je crois avoir ainsi démontré que l'accord constitutif de la servitude établie par destination du père de famille est régi par le droit commun quant au mécanisme de sa formation et quant à son objet. Je m'efforcerai maintenant d'établir que lorsque la jurisprudence a eu

à s'occuper des effets de ce contrat tacite, elle n'a fait qu'appliquer les principes généraux.

§ 3. — *Effets du contrat.*

Il est certain en droit que la possession d'une servitude discontinue est réputée précaire lorsqu'elle n'est pas appuyée sur un titre ou sur l'état d'enclave. On estime, en effet, que les actes qui constituent la prétendue servitude doivent être considérés en principe comme des actes de pure tolérance dont l'existence et même la répétition s'expliquent uniquement par des soucis de bon voisinage. Il en est autrement lorsque la possession s'appuie sur un titre, c'est-à-dire sur une constitution conventionnelle expresse de servitude dont la preuve écarte toute présomption de précarité. L'état d'enclave a le même effet, car la nécessité absolue du service, le besoin inévitable du fonds dominant obligent le propriétaire de ce fonds à passer toujours au même endroit d'une façon habituelle et avertissent suffisamment ainsi le propriétaire du fonds servant du danger que ferait courir à ses droits un silence trop longtemps gardé.

En est-il toujours de même en matière de destination du père de famille ?

Une longue suite d'arrêts se chargent de la réponse.

Cass. civ., 17 novembre 1841. *Journal des Audiences* 1841, 1, 387. « Attendu que le juge du possessoire a le droit de recourir aux titres de propriété pour éclairer et expliquer les faits de possession, et qu'ainsi le tribunal de Gannat a pu valablement prendre en considération la destination du père de famille » (sens étymologique) « donnée au canal par le père de famille, auteur commun des parties, etc. Rejette ». Tribunal de Nyons, 15 décembre 1860. Requêtes, 17 décembre 1861. Dalloz, année 1862, 1, 484.

Il a été jugé par le tribunal que si la destination du père de famille a réglé les rapports de deux usines, en sorte que l'une n'a pas de préférence sur l'autre, il n'y a pas lieu de distinguer pour la possession annale entre les eaux du canal en amont du moulin supérieur et celles du canal de sortie ; en l'espèce, le fonctionnement de la destination du père de famille n'était pas nécessaire pour caractériser la possession des eaux, puisqu'il s'agissait d'une servitude continue et apparente ; c'est ce que décide la Chambre des Requêtes qui dit très sommairement :

« Attendu qu'il s'agit d'une servitude d'aqueduc, c'est-à-dire d'une servitude continue et apparente, ainsi le reproche d'avoir violé l'art. 692 est sans objet. » C'est pour avoir vu dans l'utilisation des eaux la nécessité du fait de l'homme et n'avoir pas su distinguer entre le fait initial et le fait actuel, que le tribunal a cru devoir expliquer et caractériser la possession par la des-

mination du père de famille ; si le point de départ est faux, la déduction n'en est pas moins à retenir. Requêtes, 27 mars 1866, Dalloz, 1866.4.339. « Attendu que si la possession annale d'une servitude discontinue est réputée précaire, il n'en est pas ainsi quand cette possession repose sur un titre produit. »

Ainsi se trouvent assimilés le titre produit et la destination du père de famille. Il en résulte que notre institution serait un moyen de preuve capable d'écarter la présomption de précarité attachée à la possession d'une servitude discontinue.

Le Tribunal de Limoux, 4 juillet 1867, et la Chambre des Requêtes, 2 mars 1869. Dalloz, 1870, 1, 134, n'ont pas vu dans la série d'actes de dépôts des déblais provenant du curage d'un canal, une possession susceptible d'être caractérisée par la destination du père de famille, sous prétexte que les traces de ces dépôts « n'indiquaient qu'un fait temporaire qui ne saurait être confondu avec les signes extérieurs et permanents qui rendent la destination du père de famille possible et comportent par voie de conséquence une possession utile ».

Je crois que c'est là un raisonnement très discutable ; on dit que des dépôts de graviers ne constituent pas, à raison de leur caractère temporaire, le signe apparent prévu par l'art. 694. Est-ce bien exact ? Que demande l'art. 694 ? un signe, c'est-à-dire une manifestation de servitude, par suite, la permanence qu'exigent de nom.

breux arrêts consistera non pas dans la continuité des actes de servitude, mais dans la continuité de leur manifestation. Il devait donc suffire au fonctionnement de la destination du père de famille et par suite à la légalité de la possession, que les actes de dépôts se soient effectués suivant les nécessités du curage et que les indices de cette habitude n'aient jamais cessé d'être facilement visibles. Chambre civile, 5 juin 1872. Dalloz, 1872, 1, 234. « Attendu que si une servitude de passage ne peut être l'objet d'une action possessoire, il en est autrement lorsque, comme dans l'espèce, elle se fonde sur le titre légal que l'art. 694 fait résulter de l'existence d'un signe apparent et de la destination de l'ancien propriétaire; que le juge peut alors, sans cumuler le possessoire et le pétitoire, apprécier les actes produits afin de déterminer les caractères de la possession qu'il constate. Par ces motifs. Rejette. »

De même la Chambre civile, 17 juin 1885. Dalloz, 1886, 1, 323 voit dans « le titre légal que l'art. 694 fait résulter d'un signe apparent joint à la destination de l'ancien propriétaire le moyen de fonder la possession d'une servitude discontinue, mais il n'en est ainsi que si celui qui revendique la servitude représente l'acte qui a opéré la division et fait la preuve qu'il ne contient aucune stipulation contraire; il s'ensuit que le juge du possessoire est tenu de n'accueillir l'action qu'après avoir pris connaissance du titre et en avoir apprécié la portée au point de vue de la possession ».

Dans le même sens, la Chambre des Requêtes, 16 janvier 1901. Dalloz, 1901, 1, 126, estime que le juge du possessoire « a le droit d'examiner les titres produits pour déterminer le caractère de la possession et rechercher s'il en résulte une présomption contraire à celle des articles 692 et 694 ».

La jurisprudence est donc bien fixée. Voici à mon sens ce qui s'en dégage et comment elle s'explique ; tantôt la destination du père de famille est assimilée à un moyen de conviction, puisqu'on la compare au titre produit que le juge doit examiner au point de vue de la possession, ou encore qu'on la décompose en éléments qui sont tous des éléments de démonstration (signe apparent, arrangement de l'ancien propriétaire) ; tantôt on voit en elle le titre justificatif de la possession, le consentement présumé qui enlève toute tâche, toute infériorité à la jouissance. Cette double assimilation qui explique toutes les difficultés apparentes d'interprétation est très exacte ; elle contient toute notre thèse : en premier lieu, la destination du père de famille est un mode de preuve, c'est là sa nature vraie. Nous le démontrerons dans notre seconde partie ; en second lieu, elle suppose un accord qui, au point de vue possessoire, a le même effet justificatif que la convention expresse ordinaire constitutive d'une servitude par titre.

Il faut donc voir, dans l'obligation nettement imposée par les tribunaux supérieurs aux juges de paix de

s'éclairer de la destination du père de famille pour caractériser la possession, un effet de droit commun de l'accord tacite dont notre institution suppose l'existence. Toutes les décisions jurisprudentielles sont en ce sens. Chaque fois qu'il s'agit d'apprécier les autres effets de la convention génératrice, c'est le renvoi au droit commun. V. notamment Chambre civile, 31 décembre 1878. Dalloz, 1879, 4, 375.

« Attendu que l'étendue d'une servitude constituée par la destination du père de famille se détermine d'après l'intention du père de famille appréciée eu égard aux circonstances dans lesquelles la charge a été créée ;

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que sur la propriété autrefois possédée par un maître commun que se sont partagée ses enfants après sa mort, il existait et existe encore un sentier qui a été barré sur sa partie inférieure par le père de famille au moyen d'un cordon de pierres placé transversalement dans le but de jeter les eaux dans le puits appartenant aujourd'hui à l'intimé ;

« Attendu qu'en décidant que la servitude continue et apparente réclamée par l'intimé n'était pas restreinte aux eaux pluviales tombant directement sur le sentier, la Cour s'est livrée à une appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Rejette sur ce point. »

Ainsi en matière de destination du père de famille

l'étendue de la servitude s'apprécie conformément au droit commun, d'après l'intention des constituants et les circonstances de la constitution.

Il ne faut donc pas hésiter à conclure que lorsque la jurisprudence a eu à résoudre quelque difficulté relative aux effets de notre accord tacite, elle a toujours cru devoir appliquer les principes généraux et identifier complètement ces effets avec ceux de la convention expresse, constitutive de servitude par titre. Ainsi se trouvent d'accord les conclusions logiques et les solutions pratiques ; il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement en matière de capacité des parties et de vices du consentement.

§ 4. — *Capacité des parties et vices du consentement.*

Il a été établi que la servitude, en cas de fonctionnement de la destination du père de famille, ne présente rien d'anormal, ni dans sa constitution, ni dans son exercice, que l'accord constitutif ne traduit rien de spécial ni dans le mécanisme de sa formation, ni dans son objet, ni dans ses effets ; il faut donc que les consentements se rencontrent sur un terrain permis pour produire les effets ordinaires. Il est donc d'une logique élémentaire de conclure que le consentement doit exister non seulement en fait mais en droit, qu'il doit présenter

les qualités légales de droit commun, qu'il ne doit être vicié ni par l'incapacité des parties, ni par la violence, ni par l'erreur, ni par le dol. A la vérité, des questions de ce genre se sont très peu posées en jurisprudence, soit parce que le mode de preuve que le texte a eu pour but d'organiser rend difficile l'erreur ou la violence ou le dol, car les éléments de démonstration que nos textes prévoient sont des circonstances matérielles dont l'existence ne peut s'expliquer ni par une volonté déraisonnable, ni par un consentement passager, soit parce que les vices du contrat tacite générateur de servitude, quand ils existent, se confondent avec ceux de l'opération juridique dont notre accord est l'accessoire.

Néanmoins dans la vaste production jurisprudentielle dont nous nous sommes proposé d'étudier les plus importantes manifestations, il y a des indices rares, timides, mais enfin remarquables que cette applicabilité du droit commun n'est pas restée inaperçue. Voir notamment l'arrêt de la Cour d'Aix, 18 novembre 1854, confirmant un jugement du tribunal de Marseille, 4 mars 1854. Dalloz, 1857, 2, 40, 41, qui estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 693 parce que le consentement du vendeur serait « déraisonnable » ;

« Attendu qu'aucune stipulation formelle n'a été faite sur ce point par l'acte d'acquisition, qu'il est déraisonnable d'admettre que le vendeur qui, en cédant une partie de son immeuble, en gardait la partie la plus im-

portante, ait tacitement asservi son fonds en partie vendu ».

Il s'agissait de résoudre la difficulté suivante : le propriétaire d'un fonds au profit duquel existe une servitude *non altius tollendi* vend une partie de ce fonds : est-ce que l'acquéreur a le droit d'exiger que le vendeur démolisse les constructions situées sur la partie non vendue du fonds dominant en se prévalant de la servitude commune ?

En premier lieu, qu'il y ait servitude *non altius tollendi* entre le fonds servant et la parcelle vendue du fonds dominant, c'est incontestable, mais en second lieu qu'il y ait servitude au profit de la parcelle vendue à la charge de la parcelle conservée, c'est tout à fait difficile à admettre, le tribunal et la Cour ont répondu par la négative, parce que le consentement du vendeur ne serait pas raisonnable. V. encore Jugement du tribunal de Fontainebleau, 7 février 1861, confirmé par la Cour de Paris, 13 mai 1862. Dalloz, 1862, 2, 111.

« Dans le cas de partage, l'estimation des experts et la connaissance des parties démontrent d'une manière d'autant plus certaine que leur consentement a été éclairé. »

Ainsi, lorsque la servitude est discontinuë le fonctionnement de la destination du père de famille, en cas de partage, est subordonné à la condition que le consentement des parties soit éclairé, et c'est parce que les opérations du partage démontrent que ce consentement est

éclairé que la question de l'applicabilité de l'art. 694 ne peut être douteuse.

Voilà bien, à mon sens, la preuve que la jurisprudence entend exiger dans notre matière, non seulement l'existence en fait du consentement mais encore les qualités légales ordinaires.

§ 5. — *Transcription.*

Le droit commun est donc applicable au contrat constitutif de servitude, une seule réserve est à faire et elle vient à l'appui de notre thèse. Lorsqu'une servitude est constituée entre vifs par titre, la convention qui l'établit doit être transcrite. Pourquoi en est-il autrement en matière de destination du père de famille? La réponse nous est donnée par un arrêt déjà cité, *Requêtes*, 10 novembre 1897. *Dalloz*, 1898, 1, 177 à 183: « Attendu que les servitudes légales » (de l'art. 692 et de l'art. 694) « sont considérées comme opposables aux tiers indépendamment d'une transcription que l'absence de tout acte qui les constate rend impossible; qu'on ne saurait en fait exiger des bénéficiaires de ces servitudes qu'ils se procurent un acte pour le faire ensuite transcrire; car ce serait transformer un consentement tacite en un consentement exprès et supprimer la destination telle que le Code l'a organisée ».

C'est parce que le contrat est tacite qu'il ne peut être question de transcription ; bien plus, on ne pourrait pas transformer le consentement tacite en un consentement exprès « sans changer la destination telle que le Code l'a organisée ».

CONCLUSION. — Pourquoi ? Parce que c'est précisément ce caractère tacite du fait générateur qui a rendu nécessaires les art. 692, 693, 694. Sans doute il est vrai de dire que soit en cas de constitution par titre, soit en cas de fonctionnement de la destination du père de famille, l'opération juridique constitutive de servitude (*negotium*) est la même, mais dans notre cas le titre (*instrumentum*) manque, il faut chercher ailleurs la démonstration du *negotium*, c'est la raison d'être des art. 692, 693, 694. S'ils s'appliquaient au *negotium*, au fait générateur qui ne présente rien d'anormal, ni dans le mécanisme de sa formation, ni dans son objet, ni dans ses effets, ni dans ses conditions d'existence, ils ne se comprendraient pas, comme on ne comprendrait pas que des textes originaux interviennent uniquement pour consacrer le droit commun. Leur raison d'être n'est pas de réglementer la création de la servitude, leur but est d'en régler la démonstration, d'en organiser la preuve. L'étude de cette idée fera l'objet de ma seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

Nature et conditions de la destination du père de famille.

—

Section première.

La destination du père de famille est une institution de la preuve.

§ 1. — *L'article 694 applique les règles de la destination du père de famille.*

Avant d'aborder l'étude de la nature et des conditions de la destination du père de famille, il est absolument indispensable de se demander quels textes régissent cette institution juridique et spécialement de savoir si l'art. 694 en applique les règles.

La négative semble avoir été jugée par un ancien arrêt de la Cour de Limoges, 4 août 1840, confirmant avec adoption de motifs un jugement du tribunal de Rochechouart, 5 juin 1837, *Journal des audiences*, 1841, 2, 89. — « Considérant, dit le tribunal, que l'art.

694 établit un droit positif et différent de celui dont parlent les articles 692 et 693 ; qu'en effet, ces deux articles exigent, pour que l'on puisse invoquer la destination du père de famille, que les deux héritages ayant appartenu au même propriétaire aient été mis par lui dans l'état duquel résulte la servitude et que la servitude soit continue et apparente, mais qu'il n'en est pas ainsi du cas prévu par l'article 694 qui demande seulement une chose, savoir qu'il existe un signe apparent de servitude. »

Cette opinion me paraît très critiquable et elle est aujourd'hui définitivement abandonnée. V. Requêtes, 24 juillet 1877. — Dalloz, 1878, 1, 343.

« Attendu que les juges ont constaté : 1° l'origine commune des fonds ; 2° l'existence avant et depuis le partage de signes apparents ; 3° l'absence dans le partage de toutes conventions relatives à la servitude contestée ; « attendu que la réunion de ces conditions correspond aux exigences de l'art. 694, etc. ».

Dans le même sens, la Chambre des Requêtes, 6 décembre 1898, Dalloz, 1899, 1, 87, estime « qu'aux termes de l'art. 694, la preuve d'une servitude de passage établie par destination du père de famille, résulte, dans le silence de l'acte qui a opéré la séparation des deux héritages, de l'existence d'un signe apparent de cette servitude, lorsque la communauté d'origine n'est pas contestée ».

Le 14 mai 1901, Dalloz, 1901, 1, 356, même décision

de la part de la même Chambre qui considère qu'à bon droit la Cour de Bastia, 14 mai 1899, « a, par application de l'art. 694, décidé que la servitude de vidange a été établie par la destination du père de famille ».

Enfin cette jurisprudence s'est affirmée et précisée le 3 décembre 1901. Dalloz, 1902, 1, 167, Requêtes, par un arrêt qui, tout en reconnaissant l'existence propre de l'art. 694, estime que « le fait seul de l'existence du signe apparent fait présumer qu'il a été établi ou maintenu par l'auteur commun en vue de la servitude ».

Il n'y a donc pas de doute, l'art. 694 applique les règles de la destination du père de famille, c'est-à-dire que la communauté d'origine et la mise en état des lieux par le maître sont aussi nécessaires à son application qu'à l'application de l'art. 692 et de l'art. 693.

Quelle est alors sa raison d'être? Quelle différence y a-t-il entre cet article et les précédents? Comment les concilier? Cette question sera longuement débattue lorsque j'examinerai les systèmes qui ont tenté cette conciliation sans la réussir.

§ 2. — *Les articles 692, 693, 694 ont pour but de régler une institution de la preuve.*

Un arrêt de la Cour de Metz, 3 juin 1858. Dalloz, 1899, 2, 16, reflète très nettement cette idée, puisque la Cour estime que l'art. 694 ne peut pas s'appliquer en

cas de partage ; en effet, « la volonté du père de famille est douteuse lorsqu'il meurt sans s'être expliqué directement ni indirectement avec personne, et sans avoir disposé de l'un des deux fonds ; on ne sait pas alors si, sa pensée embrassant l'avenir, entendait perpétuer indéfiniment l'état de choses qu'il avait créé, et, dans le doute, on doit présumer la liberté réciproque des héritages. »

Sans doute, il faut se hâter de le dire, cette distinction des modes de séparation pour l'application de l'art. 694 est fausse, mais la préoccupation de subordonner le fonctionnement de la destination du père de famille à la force probante des circonstances de la mise en état des lieux ou de la séparation des héritages n'en est pas moins significative.

Cette même préoccupation se retrouve, bien que la conclusion soit toute différente, dans un arrêt de la Cour de Paris, 15 mai 1862. Dalloz, 1862, 2, 111, et dans un jugement du Tribunal civil de Fontainebleau, 7 mai 1861.

« L'article 694 se fonde sur une présomption que les parties ont voulu maintenir l'état de choses tel qu'il s'annonçait par des signes extérieurs », et cette règle doit d'autant mieux recevoir son application en matière de partage que tout démontre que « le consentement des parties a été éclairé ».

Dans le même sens, mais avec des assimilations plus significatives, un arrêt de la Chambre civile, 5 juin 1872,

Dalloz, 1872, 1, 231, décide que l'on pourra baser une possession utile d'une servitude discontinue « sur le titre légal que l'art. 694 fait résulter du signe apparent et de la destination de l'ancien propriétaire ». (Voir des expressions semblables dans cass. civ., 17 juin 1885. Dalloz, 1886, 1, 323).

A coup sûr, le mot titre doit être pris ici dans le sens de « instrumentum », car on ne comprendrait pas qu'une opération juridique puisse être constituée par des faits matériels, tels que le signe apparent et l'arrangement de l'ancien propriétaire. Au reste, on trouve quelques lignes plus bas, en continuant la lecture de l'arrêt, les expressions « actes produits » qui éveillent l'idée d'un moyen de preuve ; en sorte que, au point de vue possessoire, l'art. 694 prévoit et règle les moyens de preuve capables d'écarter la présomption de précarité attachée à la possession d'une servitude discontinue.

Le 15 avril 1872, un arrêt de la Chambre des Requêtes, Dalloz, 1872, 1, 416, subordonne le fonctionnement de la destination du père de famille à la reconnaissance, à la manifestation de la volonté de l'ancien propriétaire.

La même Chambre des Requêtes, 2 mai 1876, Dalloz, 1878, 1, 63, considère que, d'après les articles 692 et 693, la destination du père de famille « vaut titre à l'égard des servitudes apparentes et continues sous la condition d'une triple preuve » ; tandis que

l'art. 694, « plus exigeant », demande que « l'acte de séparation soit représenté » et introduit ainsi une sévérité de la preuve pour le cas où la continuité du service vient à manquer. On ne peut pas dire en termes plus clairs que les art. 692, 693, 694 réglementent la preuve d'une servitude, preuve qui varie suivant que la servitude est continue ou discontinue. Voir les mêmes expressions dans Requêtes, 1^{er} août 1887. Dalloz, 1888, 1, 112.

Quoique visant une hypothèse très spéciale, la Chambre des Requêtes, 3 mai 1880, Dalloz, 1881, 1, 76, a statué dans le même sens en décidant que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être invoquée malgré les motifs d'un jugement interlocutoire lorsque, dans son dispositif, le jugement a ordonné la preuve des circonstances prévues par les art. 693 et 694. La Cour considère en effet que le tribunal, loin de repousser la destination du père de famille, l'a implicitement admise en ordonnant la preuve qui la constitue.

La Cour de Riom, 9 mars 1888. Dalloz, 1890, 1, 271, opposant la force probante tirée du silence gardé par les parties à la signification attachée à la construction d'un mur séparatif, conclut que l'acceptation par les parties de l'arrangement voulu par l'ancien propriétaire est suffisamment établie, et, pour cette raison, le fonctionnement de la destination du père de famille est admis.

Il faut citer encore comme ayant la même signification un arrêt de la Cour de Besançon, 29 juillet 1896, Dalloz, 1899, 1, 37 : La Cour a vu dans la différence qui sépare les articles 692, 693 et l'art. 694 une pure différence d'administration de la preuve.

De même la Chambre des Requêtes, 6 décembre 1898, Dalloz, 1899, 1, 87, considère l'art. 694 comme une réglementation de la preuve des servitudes, puisqu'elle emploie les expressions suivantes :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 694, la preuve d'une servitude de passage établie par destination de père de famille résulte... etc... »

On trouve également des expressions très favorables à notre thèse dans un arrêt de la Cour de Lyon, 30 juillet 1907, Dalloz, 1908, 2, 296.

« Considérant que c'est à tort qu'on invoque la destination du père de famille, que sans doute on peut trouver la preuve du maintien de la servitude originaire dans le signe apparent qui est le canal de prise d'eau s'amorçant au fossé d'écoulement de la source, et dans le silence gardé par le cahier des charges, mais que cette démonstration est insuffisante pour justifier d'une augmentation de leurs droits. »

Il résulte de ces expressions que la destination du père de famille peut être invoquée quand on a pu faire la preuve du maintien du service originaire, mais que cette preuve ne saurait justifier une augmentation de droit, ce qui se comprend aisément.

Enfin je note dans un arrêt tout récent, *Requêtes*, 5 mai 1909. *Dalloz*, 1909, 1, 315, de réconfortantes indications.

« Attendu que la servitude alléguée ne s'annonçait par aucune marque indicatrice, que les circonstances invoquées n'étaient pas suffisantes pour faire la preuve de la destination du père de famille, que si, à une époque lointaine, les deux immeubles avaient appartenu au propriétaire, il n'était pas établi que l'état des lieux actuel était l'œuvre du propriétaire commun, mais qu'il y avait lieu de déduire des documents versés aux débats des présomptions contraires. »

Ainsi ce rapide examen de jurisprudence est tout à fait significatif ; il en ressort que toutes les difficultés sur lesquelles des tribunaux ont eu à statuer en matière de destination du père de famille sont des difficultés de preuve et qu'un grand nombre de décisions jurisprudentielles ont vu très nettement dans les art. 692, 693, 694, une réglementation de la preuve des servitudes soit continues, soit discontinues.

Le même effet de cette conception directrice se retrouve dans les arrêts assez nombreux qui ont déclaré que nos textes se fondaient « sur une présomption de consentement ». V. *Cour de Douai*, 1^{er} juillet 1837. *Sirey*, 1838, 2, 22.

« La volonté de convertir en servitude la destination du père de famille n'a pas besoin d'être expresse : la loi peut la présumer, mais, à cet égard, le signe d'une

servitude discontinue est toujours équivoque et il faut que la présomption qui en résulte soit fortifiée par une autre présomption tirée du silence gardé par le titre d'aliénation ».

De même la Chambre des Requêtes, 7 avril 1863. Dalloz, 1863, 4, 413, décide que l'art. 694 « est fondé sur une présomption de consentement tirée du silence des parties ».

Dans le même sens, la Chambre civile, 9 juillet 1867, Dalloz, 1867, 4, 252, estime que le non exercice de la faculté prévue par l'art. 672, constituant une simple tolérance, la signification qui s'attache à ce fait est nulle, qu'une pareille attitude ne fait jamais présumer la renonciation à un droit, et qu'ainsi la force probante de la destination du père de famille fait défaut toutes les fois qu'on se trouve en présence non pas d'un acte de servitude, mais d'un acte de précarité.

Il faut encore trouver un souci de fixer la force probante de la destination du père de famille dans les arrêts qui recherchent si une justification écrite est nécessaire. V. notamment Tribunal de la Seine, 21 juillet 1809, et Cour de Paris, 1810. Sirey, 1813, 2, 326.

Ainsi, puisque notre institution n'est pas un mode ni original, ni ordinaire de constitution des servitudes, comme cela a été démontré dans ma première partie, puisqu'elle ne correspond ni à l'exercice ni à l'extinction des servitudes (car elle suppose un accord tacite générateur), puisque les conditions prévues par nos trois ar-

ticles ne peuvent être que des conditions de preuve, puisque toutes les difficultés soulevées et résolues en jurisprudence sont des difficultés de preuve, puisque la conception de l'ancien droit français ne doit pas être méconnue pour une institution forcément traditionnelle, puisqu'une jurisprudence extraordinairement féconde nous fournit en faveur de l'idée de preuve des arguments de mots et d'idées, je considérerai comme démontrée ma première proposition, à savoir que la destination du père de famille est une institution de la preuve.

Je vais maintenant rechercher comment chaque circonstance prévue par les art. 692, 693, 694 est une condition de preuve.

Section II

Conditions communes aux articles 692, 693, 694.

Ces conditions sont la communauté d'origine, la mise en état des lieux par le maître commun et l'apparence.

§ 1. — *De la communauté d'origine.*

La communauté d'origine est exigée par l'art. 693 d'une façon très précise, aussi tous les arrêts s'ac-

cordent à en reconnaître la nécessité. V. notamment Seine, 21 juillet 1809. Paris, 30 janvier 1810, Sirey, 1813, 2, 326. — Béziers, 23 juillet 1850. Requêtes, 14 juin 1852. Dalloz, 1854, 1, 155. — Orléans, 15 février 1868. Dalloz, 1868, 2, 158. — Requêtes, 24 juillet 1877. Dalloz, 1878, 1, 343. — Pau, 9 février 1885. Dalloz, 1886, 2, 173. — Requêtes, 8 novembre 1886. Dalloz, 1887, 1, 388. Cass. civ., 29 décembre 1887, Dalloz, 1888, 1, 471. — Cass. Belge, 17 décembre 1908. Dalloz, 1910, 2, 20.

La preuve de la communauté d'origine devra toujours être fournie, mais cette preuve pourra se faire de n'importe quelle manière, même par témoins, comme cela a été démontré dans la première partie à la réfutation des objections. En effet, cette communauté d'origine n'est pas un fait juridique, car elle n'a pas été voulue dans le but essentiel, immédiat de faire naître une servitude, et, d'autre part, on ne demande pas la preuve du droit de propriété, mais seulement la preuve que les deux fonds ont été jouis par la même personne en même temps à titre de propriétaire.

V. notamment : Tribunal de la Seine, 13 mai 1859, et Cour de Paris, 22 novembre 1861. Requêtes, 5 août 1862, Dalloz, 1862, 1, 539.

« Attendu, dit le tribunal, que de la vue des lieux, il résulte que les deux fonds ont appartenu au même maître... etc... »

Il est vrai que le fonctionnement de la destination du

père de famille est repoussé, mais c'est uniquement à cause du manque d'apparence ; la première circonstance (communauté d'origine) était suffisamment établie par la vue des lieux.

Dans le même sens la Cour de Nîmes, 22 février 1886. Dalloz, 1887, 1, 493, se contente, pour établir une servitude de prise d'eau au moyen de la destination du père de famille, de la certitude « que le moulin et le sous-sol ont été possédés simultanément par les abbés et que l'état de chose duquel résulte la servitude est leur œuvre ».

Il ne saurait donc y avoir de doute sérieux sur la nécessité et la preuve de la communauté d'origine ; au contraire, la difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de décider au hasard des espèces qui se présentent s'il y a ou s'il n'y a pas communauté d'origine. Une espèce particulièrement délicate se présenta devant le tribunal de Montbrizon qui la jugea le 4 janvier 1882 ; un mari avait constitué en mourant sa femme légataire universelle avec legs particulier d'un immeuble de communauté au profit de sa nièce ; la légataire universelle fit au bureau de l'enregistrement la déclaration des dispositions contenues dans le testament en y comprenant le legs au profit de la nièce qui acquitta les droits pour sa portion ; quelques années plus tard, la légataire universelle mourut, laissant toute sa fortune à sa propre nièce ; or, pendant la durée de la communauté, le mari avait établi entre un immeuble propre à sa femme et l'im-

meuble commun légué plus tard à titre particulier à sa nièce, une relation de dépendance manifestée par des signes extérieurs et consistant dans le droit pour le propre de la femme de recevoir, par une ouverture percée dans le mur séparatif, les eaux¹pluviales déversées du chemin sur l'immeuble commun ; la nièce du mari s'étant permis de détruire l'ouverture constituée dans le mur séparatif et valant service d'aqueduc pour l'immeuble appartenant à la nièce de la femme, fut actionnée devant le tribunal de Montbrizon qui admit le fonctionnement de la destination du père famille et ordonna le maintien de la servitude d'aqueduc ; c'était à tort, car le tribunal n'avait point pris garde à la grave objection qu'on pourrait lui faire, à savoir que, par l'effet déclaratif du partage, la nièce du mari devait être considérée comme étant propriétaire de l'immeuble légué, depuis le jour où cet immeuble était entré en communauté ; que, par suite, au moment où la relation de dépendance avait été établie entre les deux fonds, les deux fonds n'appartenaient pas au même propriétaire.

La Cour de Lyon qui cependant confirma avec adoption des motifs des premiers juges, se préoccupa de réfuter l'objection et elle résolut la difficulté de la façon suivante : sans doute, il n'y aurait pas communauté d'origine et par suite destination du père de famille s'il y avait partage, mais il n'y a pas partage parce que « l'exécution du legs fait à la nièce du mari, n'est constatée que par la déclaration de la veuve faite au bureau

de l'enregistrement, et cette déclaration unilatérale ne peut valoir partage ».

L'arrêt fut cassé le 28 décembre 1886, Cass. civ., Dalloz, 1887, 1, 485.

La thèse de la Cour Suprême est la suivante :

L'acte est régi par l'art. 883 lorsqu'il fait cesser l'indivision : il est assimilé par la loi au partage ; sans doute les parties peuvent écarter cette assimilation légale par une manifestation de volonté et les Cours d'appel décident, par une appréciation souveraine, quelle a été leur intention ; mais si les juges du fait admettent que toutes les conditions de fond se trouvent réunies, ils ne peuvent pas, à raison de la forme seulement, écarter l'art. 883, et si cet article s'applique, l'art. 693 ne peut pas s'appliquer, car le fonctionnement de la destination du père de famille suppose que l'arrangement d'où résulterait la servitude a été pris par le maître commun des deux fonds.

En présence de cette décision, une conclusion s'impose ; il ne faut pas conclure facilement à la communauté d'origine ; il est tout à fait nécessaire de ne l'admettre que si les immeubles ont été jouis en même temps par la même personne à titre de propriétaire ; nous allons voir dans l'arrêt qui va suivre la manifestation de cette idée : spécialement la qualité d'administrateur des propres de la femme n'est pas suffisante pour que le mari puisse établir la destination du père de famille entre ce propre et un immeuble lui appar-

tenant ; mais l'arrêt qui va être étudié est surtout destiné à démontrer comment la communauté d'origine est une condition de preuve et quelle signification a été attachée par la loi à cette circonstance.

V. Montpellier, 27 mars 1890, Requêtes, 10 novembre 1891, Dalloz, 1892, 1, 413.

Deux immeubles appartiennent l'un au mari, l'autre à la femme ; pendant la durée du mariage, le mari établit entre eux une relation consistant dans la possibilité de passer de l'un sur l'autre ; après la séparation, les ayants cause de la femme émirent contre les ayants cause du mari l'exigence d'user exclusivement de la communication établie par le mari ; le tribunal civil d'Agde, par jugement du 13 avril 1889, leur reconnut ce droit exclusif. Sur appel, la Cour de Montpellier rendit le 27 mars 1890 l'arrêt suivant :

« Attendu que c'est le mari lui-même qui fut l'auteur de la communication alors qu'il était propriétaire de l'immeuble et sa femme propriétaire de l'autre ;

« Attendu que c'est dans l'ensemble de ces faits que les intimés voient la destination du père de famille ; mais attendu qu'une servitude de ce genre suppose qu'elle a été créée ou maintenue par le propriétaire du fonds dominant et du fonds servant ; qu'au regard des immeubles appartenant à la femme, le mari ne peut être considéré comme étant propriétaire ; que l'on comprendra qu'une servitude résulte du seul fait du propriétaire du fonds dominant et du fonds servant *parce*

que ce fait ne l'appauvrit pas, puisque le fonds dominant gagne ce que perd le fonds servant ; qu'il n'en est pas de même dans l'espèce, que le tribunal reconnaît lui-même *qu'on ne peut pas présumer* que le mari ait eu l'intention d'aliéner, à titre gracieux, la terrasse lui appartenant, en faveur de l'immeuble de sa femme : qu'il s'agit d'un démembrement du droit de propriété et que la cession d'un droit de ce genre ne peut résulter que d'une volonté non équivoque et juridiquement exprimée, etc... Pour ces motifs infirme ».

Pourvoi en cassation parce qu'on estime que le mari, administrateur légal des propres de sa femme, avait le droit de grever son immeuble d'une servitude au profit de l'immeuble de sa femme ; mais la Cour suprême décide que la Cour d'appel « a fait une juste application de la loi ».

Aussi les excellentes raisons sur lesquelles la Cour de Montpellier a appuyé son dispositif méritent d'être remarquées. La destination du père de famille ne fonctionne que si l'on prouve l'accord du maître et des ayants cause.

Comment la preuve de la communauté d'origine peut-elle emporter preuve de cette intention ? La Cour nous l'explique. Quand les fonds entre lesquels on établit une relation de dépendance appartiennent au même maître, la transformation du service en servitude n'appauvrit pas l'auteur de l'arrangement ; si, en effet, le fonds dominant lui reste, le gain est évident, si c'est

le fonds servant qu'il conserve, la valeur de la charge augmente le prix de vente à raison de la plus-value du fonds dominant. Au contraire, si l'auteur de l'arrangement a établi un service au profit d'un fonds dont il n'était que l'administrateur et à la charge d'un autre dont il avait la propriété, la transformation de ce service en servitude l'appauvrirait gratuitement, en sorte qu'il serait déraisonnable de supposer chez lui une intention aussi contraire à ses intérêts.

Le pourvoi voyait dans l'art. 693 une exigence relative à la capacité du constituant ; les motifs de la Cour d'appel et l'échec du pourvoi démontrent surabondamment qu'au contraire, cette disposition légale se réfère à la preuve pour la déplacer.

§ 2. — *De la mise en état des lieux par le maître commun.*

Conformément à la méthode suivie en matière de communauté d'origine, j'étudierai cet arrangement : A) dans sa nécessité ; B) dans sa preuve ; C) dans ses conditions ; D) dans la force probante qui lui est attachée.

A. NÉCESSITÉ. — L'arrangement duquel résulte la servitude doit être l'œuvre du propriétaire commun,

le texte l'exige, la jurisprudence le juge ; je ne crois pas que la nécessité de cette condition puisse être sérieusement contestée.

La Cour de Paris, le 23 août 1825, Sirey, 1826, 2, 21, a estimé que le droit de remplacer des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale, par application de l'art. 693, ne peut pas être invoqué en vertu de la destination du père de famille tout simplement parce que seul l'arrangement du maître commun doit être respecté : les modifications ultérieures importent peu. V. aussi Requêtes, 20 décembre 1825, Sirey, 1826, 1, 179. Absolument dans le même sens, la Chambre civile, le 28 novembre 1853, Dalloz, 1854, 1, 234, a décidé que les articles 692, 693, 694 ne donnent pas le droit « de conserver les arbres plantés, semés ou accrus depuis la séparation des héritages ».

Même solution de la part de la Cour de Bastia, 3 mars 1856, Dalloz, 1856, 2, 85, 86, qui considère « que la destination du père de famille ne peut être légitimement invoquée en ce qui concerne la conservation des branches qui dépassent la ligne séparative du fonds limitrophe, lorsque les deux héritages ont cessé d'appartenir au même propriétaire, parce qu'on ne peut pas sérieusement soutenir que, dans la pensée du père de famille, les arbres par lui plantés avaient pour destination spéciale de projeter leurs branches sur le terrain contigu ».

La même exigence d'un arrangement matériel appa-

raît dans les arrêts qui estiment que la destination du père de famille peut seulement fonctionner quand il s'agit de choses susceptibles d'une possession exclusive.

V. notamment, Cour de Riom, 19 décembre 1839, et Cass. civ., 21 juillet 1845, Dalloz, 1845, 1, 385, 386. Ces deux Cours supérieures ont admis cependant l'application de l'art. 693 à l'espèce qui leur était soumise, parce que les eaux pluviales sur la voie publique n'étant à personne, changent de nature en pénétrant sur le fonds de celui qui les désire, en sorte que le fonds inférieur au fonds riverain de la voie publique a pu se voir attribuer par l'arrangement du maître commun un certain volume d'eau dont il aura le droit d'user après la séparation des héritages.

Dans le même sens la Cour de Paris, 16 février 1853, Dalloz, 1854, 2, 74, a refusé d'admettre, par application de l'art. 694, une servitude de passage, parce que la porte susceptible d'en être le signe apparent n'avait été ni ouverte, ni voulue par le propriétaire commun.

V. encore, Requêtes, 24 juillet 1877, Dalloz, 1878, 1, 343; Pau, 9 février 1885, Dalloz, 1886, 2, 173, ainsi que Cass. civ., 29 décembre 1887, Dalloz, 1888, 1, 471, qui explique l'état de choses d'où résulte la servitude « par la destination du père de famille établie au moment où les seigneurs étaient propriétaires à la fois des moulins et des terrains de la vallée ».

Enfin un arrêt tout récent, Cass. Belge, 17 dé-

cembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20, est tout à fait explicite.

« Les services que le propriétaire des deux fonds a voulu que l'un rendît à l'autre, continuent à être rendus à titre de servitude » à cause « de l'état de choses créé ou maintenu par lui ».

Il ne saurait donc y avoir de doute : l'application de l'article 694 aussi bien que celle de l'article 693 suppose une affectation par le maître commun d'un immeuble au service de l'autre.

B. PREUVE DE L'ARRANGEMENT. — Par contre, lorsqu'il s'agit de régler de quelle façon devra être prouvée la mise en état des lieux par le maître commun, les hésitations apparaissent et les controverses abondent.

Il est certain, tout d'abord, que l'article 693 est très affirmatif sur la nécessité d'une preuve : « Il n'y a destination du père de famille que s'il est prouvé que..... c'est par le maître que les choses ont été mises en état » ; par suite, il me paraîtrait critiquable d'admettre avec MM. Toulhié et Pardessus et la Cour de Bordeaux, 21 février 1826, Sirey, 1826, 2, 275, la présomption d'après laquelle, lorsqu'on aura justifié par écrit que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, on sera dispensé d'établir que l'arrangement existait avant la séparation des fonds. D'une part, la preuve écrite n'est aucunement nécessaire, ainsi que cela a été dit, pour établir la communauté d'origine, et,

d'autre part, les expressions du texte précitées sont absolument contraires à l'idée d'une dispense de la preuve.

Au reste, s'il faut se garder d'une facilité excessive, il faut aussi s'abstenir d'une sévérité que rien ne justifierait. A la vérité, l'arrangement a été pris avec l'intention de faire naître éventuellement une servitude ; mais il ne s'agit aucunement là d'un fait juridique, car on ne conçoit ni la nécessité, ni même la possibilité d'une preuve écrite pour un acte essentiellement matériel qui a pour but immédiat de faire subir aux immeubles l'adaptation nécessaire au service foncier. Je crois donc que l'opinion intermédiaire sera la plus sage : on écartera toute nécessité de preuve écrite et toute possibilité de dispense de preuve, tout en admettant que la preuve de l'arrangement matériel voulu par le maître se fera d'une façon assez large et même par toutes sortes de moyens. Par suite, en cas d'impossibilité d'établir directement par témoins que c'est par le propriétaire commun que les choses ont été mises en état, je crois qu'il serait exact de se décider par des présomptions tirées soit du fait que les lieux ont toujours été vus dans le même état, soit de l'impossibilité d'admettre un autre mode d'exploitation d'un immeuble par l'autre. V. notamment Cass. civ., 29 décembre 1887, Dalloz, 1888, 1, 471.

« Attendu qu'on ne *pourrait expliquer un pareil état de choses* autrement que par la destination du père de

famille (au sens étymologique) établie au moment où les seigneurs étaient propriétaires à la fois des moulins et des terrains de la vallée. »

Il faut donc, à mon sens, considérer comme abandonnées aussi bien la méthode facile de Toulhié que l'opinion draconienne reflétée dans un arrêt très ancien de la Cour de Paris, 30 janvier 1810, Sirey, 1813, 2, 326, d'après lequel la destination du père de famille, c'est-à-dire l'arrangement du père de famille « a besoin d'être justifiée par écrit lorsqu'elle est déniée ».

Il en est d'autant plus ainsi que dans la longue liste des arrêts postérieurs qui exigent l'affectation par le maître d'un immeuble au service de l'autre, on ne trouve aucune trace de cette exigence d'une preuve écrite. (V. les arrêts cités à propos de la nécessité de l'arrangement matériel.)

Au reste, l'objection principale que l'on peut faire à la recevabilité en cette matière de la preuve testimoniale perd beaucoup de sa force si on la décompose ; on nous dit : l'arrangement du maître est un fait juridique parce qu'il est pris avec l'intention de créer éventuellement une servitude, c'est-à-dire de produire un effet de droit. Je réponds : sans doute la servitude naîtra de cet arrangement, sans doute le père de famille doit, s'il prévoit la séparation de ses immeubles, accepter d'avance l'idée d'une transformation du service en servitude, autrement le fonctionnement de la destination du père de famille ne pourrait pas être

admis ; mais ce n'est pas là son but immédiat : ce qu'il veut, c'est l'affectation permanente d'un immeuble au service de l'autre, c'est la création d'un service foncier dans un souci autre que le désir de convenance personnelle. Par suite, l'effet juridique sera produit plutôt par la séparation des immeubles que par la mise en état des lieux, et si l'on peut dire que l'arrangement matériel engendre un effet de droit, ce n'est pas là un effet immédiat, c'est un effet éloigné, quoiqu'il ait été prévu et même voulu au moment de cet arrangement.

On ne peut donc pas voir dans l'acte du maître commun un fait dont le caractère juridique empêche la recevabilité de la preuve testimoniale.

Telle est, à mon sens, la solution en ce qui concerne la condition exigée par l'article 693. Je ne vois aucune raison de raisonner et de décider autrement s'il s'agit de l'article 694.

D'une part, en effet, on peut voir par les arrêts cités dans le paragraphe 1^{er} de la section 1^{re} que l'article 694 applique les règles de la destination du père de famille et qu'il suppose, tout comme le précédent, la communauté d'origine et la mise en état des lieux par le père de famille. V. aussi : Requêtes, 20 décembre 1823. Sirey, 1826, 1, 179. Poitiers, 16 juin 1853. Dalloz, 1854, 2, 74, déjà cités. Requêtes, 24 juillet 1877. Dalloz, 1878, 1, 343. Pau, 9 février 1887, Dalloz, 1888, 1, 471.

D'autre part, je démontrerai, en essayant de concilier l'article 693 et l'article 694, que la différence qui les sépare doit être cherchée ailleurs que dans la manière de prouver l'acte matériel du maître commun.

C. CONDITIONS DE L'ARRANGEMENT DU PÈRE DE FAMILLE. — 1^o L'arrangement du maître commun consiste en général dans l'exécution d'un travail matériel. V. les nombreux arrêts déjà cités sur la nécessité de cet arrangement.

V. aussi Chambre civile, 13 juillet 1885, Dalloz, 1886, 1, 316, qui casse un arrêt de la Cour de Limoges parce que la Cour d'appel s'était décidée à admettre l'établissement par destination du père de famille d'une servitude de dépôt de fumier en l'absence d'un travail apparent destiné au dépôt du fumier et existant à une époque antérieure à la séparation des héritages. Cependant il a été jugé que l'utilisation d'un état de choses naturel pourrait être regardé comme un arrangement du père de famille aux termes de l'article 693. V. Bourges, 13 décembre 1825. Sirey, 1826, 2, 22. La Cour ne s'arrête pas à l'objection qu'il faut exiger « un ouvrage d'art un travail fait de main d'homme, car la loi ne dit rien de tout cela », et, dans cet esprit, elle décide qu'il suffit « qu'il ait existé, au temps de la vente, un signe apparent de servitude et que le cours du ruisseau ne permet aucun doute à cet égard ».

2° Cet arrangement a *pour but* d'introduire entre les deux fonds une relation de dépendance consistant dans le service foncier qu'un fonds retire de l'autre ; la mesure de l'exploitation d'un immeuble par l'autre déterminera l'étendue de la servitude future. V. Cass. Belge, 17 décembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20.

« Les servitudes dont la destination du père de famille est le titre, ont donc la nature et l'étendue qu'impliquent les services voulus par le propriétaire commun » (déjà cité à propos de la détermination de l'objet).

Il en est d'autant plus ainsi que les ayants cause ne doivent rien changer à la destination de l'ancien propriétaire. V. notamment Bordeaux, 18 janvier 1850. Dalloz, 1851, 2, 123.

La Cour subordonne la plénitude du fonctionnement de la destination du père de famille à la condition que « les acquéreurs en utilisant l'ouverture n'aient pas changé la destination du père de famille ». V. aussi Orléans, 12 mai 1883, Dalloz, 1885, 2, 119, qui se décide à admettre par application de l'article 693 l'établissement du droit d'inonder les propriétés inférieures quand « tout concourt à faire admettre que la retenue des eaux n'a jamais été moindre ».

Cependant « il importe peu que l'état des lieux et la nature des travaux destinés à assurer l'exercice de la servitude aient été modifiés sous l'influence soit de causes naturelles, soit d'améliorations à l'exploitation,

soit de perfectionnements à l'irrigation, puisque ces modifications, portant sur le mode d'exercice de la servitude, ne sauraient affecter le droit lui-même ». V. Requêtes, 15 novembre 1886, Dalloz, 1887, 1, 495, déjà cité à propos de la possibilité de l'objet.

Ainsi l'arrangement du maître a pour but d'introduire la relation de dépendance dont l'utilisation se continuera après la séparation des héritages avec le caractère juridique d'une servitude; mais ce peut être aussi entre les deux fonds une relation de mutuelle subordination. V. Paris, 22 juin 1875, et Requêtes, 26 juin 1876. Dalloz, 1877, 1, 227.

« Les deux usines réunies dans la même main étaient déjà rattachées entre elles par le double canal qui existe encore aujourd'hui, et qui, en réglant par sa forme et sa dimension leur force motrice, leur a imposé respectivement pour le mode de transmission et de réception de l'eau des conditions permanentes et ménagées de manière à leur permettre de marcher simultanément et sans trouble ».

3° L'arrangement peut être exécuté par le père de famille, mais il suffit qu'il soit *maintenu* et *accepté* par *lui*. V. notamment Bordeaux, 21 février 1826, Sirey, 1826, 2, 275, qui admet l'établissement par la destination du père de famille du droit de déverser les eaux d'un toit sur le terrain d'autrui, lorsque le père de famille jouissait des deux parties du bâtiment « dans l'état où le toit est aujourd'hui ».

Dans le même sens, la Chambre civile, 30 juin 1841, *Journal des audiences*, année 1841, 1, 273, « n'aperçoit pas de raison qui puisse s'opposer à l'application de l'art. 692 lorsque le propriétaire de deux héritages, sur l'un desquels il existe une source, a fait ou maintenu des travaux apparents pour transmettre utilement les eaux à l'autre héritage ».

La Cour d'Orléans, 15 février 1868, Dalloz, 1868, 2, 158, admet par application de l'art. 694 l'existence d'une servitude de passage sur la levée d'un étang « lorsqu'il n'est pas dénié qu'au moment de la vente, comme sous le précédent propriétaire du moulin, l'exploitation avait lieu par la levée ». En l'espèce, le maître commun n'avait fait que se conformer à l'habitude de ses prédécesseurs.

La Chambre des Requêtes, 2 mai 1876, Dalloz, 1878, 1, 63, demande que « les choses aient été mises par lui ou laissées par lui dans l'état duquel résulte la servitude ».

Enfin un jugement tout récent (Seine, 29 juillet 1905, Dalloz, 1906, 5, 31), est encore plus affirmatif : La servitude de réception des eaux ménagères doit être regardée comme établie par destination du père de famille lorsque l'immeuble au profit de qui elle existe a été construit sur un terrain appartenant au propriétaire de l'immeuble assujetti, et que les choses ont été mises sous les yeux et avec le consentement dudit propriétaire dans l'état duquel résulte la servitude. Il im-

porte peu que l'immeuble au profit duquel la servitude existe ait été dès sa construction la propriété d'un tiers. Ainsi se trouve combattue et réfutée l'opinion d'après laquelle il y aurait lieu d'interpréter restrictivement ces mots : « si les choses n'ont été mises par lui » en état.

4° Enfin l'arrangement doit être pris ou voulu avec le souci d'une affectation permanente et non pas avec un simple désir de convenance personnelle. V. Dijon, 11 juin 1869, Dalloz, 1871, 3, 355.

« Considérant que l'état de choses d'où résulterait la servitude a été créé par un fermier pour des conventions particulières ; qu'ainsi, il ne peut avoir qu'un caractère temporaire, comme la jouissance qui en est l'origine, que les caractères de permanence et de perpétuité nécessaires pour l'établissement d'une servitude par destination du père de famille ne peuvent s'attacher qu'aux actes accomplis par le propriétaire de deux héritages agissant soit par lui-même, soit par son mandataire au nom et dans l'intérêt permanent du propriétaire et non aux arrangements personnels pris par son fermier dans un intérêt accidentel. » Par ces motifs n'admet pas la destination du père de famille. Absolument avec la même signification, v. Rennes, 14 février 1895, et Cass. civ., 8 mai 1895, Dalloz, 1896, 1, 11, qui refusent d'assimiler l'acte du domanier à l'arrangement du père de famille. V. également Nancy, 25 août 1874, Requête, 15 juillet 1875, Dalloz, 1877,

1, 127, et aussi Douai 28 avril 1875, Requêtes, 7 mars 1876, Dalloz, 1878, 1, 69, qui refusent d'appliquer l'art. 694 à la communication établie d'un immeuble à l'autre, et d'une rive à la rive d'en face parce que les ouvrages qui assurent cette communication (ouverture dans une haie et établissement d'un pont) révèlent un pur souci de commodité de convenance personnelles.

D. FORCE PROBANTE ATTACHÉE A L'ARRANGEMENT DU PÈRE DE FAMILLE. — Si maintenant on se demande pourquoi la loi exige la preuve d'un tel arrangement, il sera facile de se convaincre à la lecture des arrêts que c'est pour arriver à connaître l'intention du père de famille :

Un arrêt de la Chambre des Requêtes, 15 avril 1872, Dalloz, 1872, 1, 416, subordonne l'application des articles 692, 693, 694, à la reconnaissance de la volonté du maître commun, et l'arrêt trouve cette reconnaissance, cette manifestation dans les ouvrages que cette volonté a dictés, « il est dès à présent démontré que tous les travaux du père de famille ont été faits avec la double destination d'alimenter le moulin et d'arroser les prairies, que cette reconnaissance de la volonté du père de famille, manifestée par des ouvrages apparents, suffit à constituer une servitude au profit du moulin ».

Dans le même sens, la même Chambre des Requêtes, 19 juin 1893, Dalloz, 1893, 1, 526, a décidé que l'ouvrage apparent établi par le père de famille doit « révéler de sa part une volonté d'établir d'une façon définitive et

permanente un droit au profit d'un de ses fonds et un assujettissement à la charge de l'autre ». C'est pour cette raison, c'est parce qu'il ne paraissait renfermer aucune force probante que l'acte du domanier n'a pas été jugé capable de servir d'occasion à l'application de l'art. 694 du Code civil. V. Rennes, 14 février 1893, Cass. civ., 8 mai 1895, Dalloz, 1896, 1, 11, déjà cité.

La Cour suprême posa très nettement la question : il s'agissait de savoir si l'acte du domanier « révélait la volonté d'établir d'une manière définitive et permanente l'assujettissement d'un fonds envers l'autre fonds ». La Cour estima que cette preuve ne pouvait pas résulter d'un acte auquel le propriétaire était resté étranger ; car on ne pouvait pas raisonnablement supposer que le domanier qui n'avait sur la chose que des droits temporaires ait voulu autre chose que sa commodité personnelle. Par suite, si la Cour suprême a soigneusement distingué l'acte du domanier de celui du propriétaire, ce n'est pas tant au point de vue de sa valeur juridique qu'au point de vue de sa signification ; d'une part, en effet, l'arrangement matériel du propriétaire ne peut avoir par lui-même aucune conséquence juridique immédiate, puisque la volonté unilatérale est impuissante à créer des rapports de droit, et, d'autre part, le domanier n'est pas, à proprement parler, sorti de son droit, puisque, suivant les expressions employées par la Cour d'appel, « le domanier peut à son gré faire subir toutes les modifications qu'il juge utiles à ses

bâtiments » ; au contraire, la signification qui s'attache au geste du propriétaire n'est pas la même que celle qui s'attache au geste du domanier ; on ne peut pas en effet présumer raisonnablement que l'homme qui a sur la chose un droit purement temporaire puisse se préoccuper des intérêts permanents de cette chose ; donc la qualité de propriétaire est nécessaire chez l'auteur de l'arrangement non seulement parce que seul le propriétaire a des droits assez étendus pour autoriser une affectation perpétuelle, mais encore, mais surtout parce que cette qualité attache au geste de celui qui exécute ou qui approuve l'arrangement matériel, une portée, une signification, une force probante particulière. Il faut voir ainsi dans les arrêts que je viens d'étudier, et surtout dans le dernier, une application de cette idée que, étant donné un fait juridique principal, un fait intentionnel à établir, on y arrive lorsqu'on a démontré l'existence d'un fait à côté dont l'existence ne se comprendrait pas, ne serait pas rationnelle, si l'on ne supposait pas établi le fait qu'il s'agit d'établir.

C'est encore pour la même raison que l'acte du fermier trouvera la force probante suffisante, la signification nécessaire dans les circonstances au moyen desquelles le maître se l'appropriera soit par lui, soit par son mandataire ; dans ce sens le précédent arrêt a repoussé l'application de l'art. 694 parce qu'il ne résultait « d'aucune circonstance que le propriétaire se soit approprié l'acte du domanier ».

En somme, notre point de vue est excellemment rendu par les termes et le fond d'un récent arrêt, Cass. Belge, 17 décembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20, déjà cité. « L'état de choses souverainement constaté par les juges du fait traduit chez le propriétaire commun qui l'a créé, lors de la division du fonds, la volonté que le fonds appartenant aujourd'hui au demandeur fournisse à la maison propriété actuelle du défendeur la vue, le jour et l'air, etc... »

Par conséquent, l'arrangement exécuté ou voulu par le père de famille remplira toutes les conditions, quand il contiendra la force révélatrice de l'intention de son auteur, lorsqu'il prouvera suffisamment par *lui-même* le souci d'affectation permanente.

§. A la vérité, quelques décisions jurisprudentielles ont failli introduire un flottement regrettable dans ces idées et détruire l'harmonie de la production sur laquelle je me suis appuyé. V. notamment Ruffec, 14 janvier 1845. Bordeaux, 7 janvier 1846. Dalloz, 1846, 2, 83.

« Les immeubles proviennent d'un auteur commun qui, lors des premières aliénations, se réserva la rigole qui traverse la charrière pour recevoir l'eau de la rue et la faire s'écouler dans son jardin ; les demandeurs en tant que ses représentants ont le droit d'user de cette servitude. »

V. encore Cour d'Amiens, 25 novembre 1897. Requêtes, 10 mai 1899. Dalloz, 1901, 1, 361. Le tribunal de Compiègne, dont les motifs furent adoptés par la Cour

d'Amiens, avait à statuer sur une demande tendant à la suppression d'un tuyau de décharge qui conduisait les eaux de l'étang de Mouchy dans la propriété de Baugy ; il se décida pour la suppression de cette conduite parce qu' « il n'avait pas été fait de réserve au profit de Mouchy ».

Je ne crois pas qu'il faille se laisser inquiéter par ces expressions : celles employées par la Cour de Bordeaux n'excluent aucunement la possibilité d'une réserve tacite résultant de la conduite du père de famille, et celles employées par le tribunal de Compiègne, bien que leur signification ait été en apparence aggravée par l'arrêt confirmatif de la Cour d'Amiens et le rejet du pouvoir formé contre cette dernière décision, cessent d'être inquiétantes si l'on examine avec soin les précisions apportées par l'arrêt de la Chambre des Requêtes.

« Attendu, dit la Cour suprême, qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le droit de faire passer des tuyaux de décharge dans la propriété de Baugy, n'a jamais existé qu'à titre de tolérance » ; en continuant la lecture de l'arrêt on s'aperçoit que la Chambre des Requêtes, tout en maintenant la décision attaquée et même les attendus, s'est exprimée d'une façon timide, détournée, qui enlève toute valeur à l'idée d'une réserve nécessaire : elle a vu, dans l'absence de cette réserve, non pas l'omission d'une condition particulière, mais la preuve que l'état de choses établi par le maître commun n'avait pas subsisté ; elle s'est fort habilement

appuyée sur les résultats de l'interprétation des actes qui établissent la tolérance et sur l'aveu du défendeur qui a reconnu n'avoir pas un droit général de décharge.

Bien loin donc d'infirmar notre thèse, cette dernière décision la confirme, puisqu'elle voit dans les difficultés qui surgissent en matière de destination du père de famille, des difficultés de preuve, en sorte que le fonctionnement de notre institution est subordonné à la valeur probante suffisante de certaines circonstances et spécialement à la possibilité d'écarter la présomption de précarité qui peut être attachée aux actes de servitude.

Pour terminer cette étude sur l'arrangement du maître commun, je noterai que l'art. 694 s'applique en cette matière tout comme les précédents, cela résulte de l'examen de jurisprudence qui a été fait : aucune distinction n'est établie entre ces articles, et les arrêts exigent indifféremment la même mise en état des lieux, la même preuve, les mêmes conditions pour cet arrangement qui a la même force probante dans l'hypothèse de l'art. 694 que dans l'hypothèse de l'art. 693. Nous verrons d'ailleurs dans la réfutation des systèmes proposés pour la conciliation de ces deux articles que la différence qui les sépare ne doit pas plus être recherchée dans l'arrangement du père de famille que dans la communauté d'origine, ainsi que cela a été déjà énoncé.

§ 3. — *Le signe apparent.*

A. NÉCESSITÉ. — L'application des articles 692, 693, 694, c'est-à-dire le fonctionnement de la destination du père de famille, exige l'apparence du service qui se transforme en servitude par la séparation des héritages; c'est là une condition dont la nécessité ne fait pas de doute, d'autant plus qu'elle est exigée d'une façon très précise aussi bien par l'art. 692 que par l'art. 694. Les difficultés ne sont apparues que lorsqu'il s'est agi d'appliquer la règle aux espèces concrètes. V. notamment Lyon, 14 juin 1862. Dalloz, 1867, 5, 398.

« La destination du père de famille ne peut être invoquée pour laisser envahir le dessous du sol par les racines des arbres. »

Cet arrêt est plus restrictif que celui de la Cour de Paris qui estima (15 juin 1865. Dalloz, 1865, 2, 499) qu'il y a lieu de traiter différemment « les racines qui impriment au sol une modification fixe et permanente et les branches qui éprouvent un changement continu ».

Cette dernière distinction me paraît trop subtile pour correspondre à la vérité; d'une part, *le motus naturalis arboris* existe aussi bien pour les racines que pour les branches, et, d'autre part, il me paraîtrait directement contraire à la règle qui exige l'apparence du service et

par suite de l'empiètement, de se prévaloir d'un empiètement invisible dont la progression souterraine ne se révèle par aucune manifestation extérieure et apparente.

Dans le même sens que Lyon, v. Domfront, 4 juin 1892. Caen, 3 mars 1893. Dalloz, 1894, 2, 3.

« Attendu que le droit de conserver les racines qui s'avancent est évidemment susceptible d'être établi par titre, mais qu'il faut une stipulation claire et précise » ;

« Attendu que les racines ne peuvent pas constituer le signe apparent de l'article 694. »

Par ces motifs n'admet pas la destination du père de famille.

Des difficultés plus nombreuses et plus considérables encore se sont posées en matière de servitude de vue et de servitude *altius non tollendi*.

Un grand nombre d'arrêts voyant dans la servitude *altius non tollendi* aut *non ædificandi* une servitude absolument distincte de la servitude de vue, ont décidé qu'elle ne pouvait pas s'établir par destination du père de famille à cause de son manque d'apparence. V. notamment Pau, 12 décembre 1834. Sirey, 1835, 2, 303.

« Attendu qu'aux termes de l'art. 692 du Code civil les servitudes apparentes et continues sont les seules qui puissent être établies par destination du père de famille, que, par conséquent, on ne peut pas se prévaloir de cette destination du père de famille pour empêcher de bâtir ou pour empêcher d'exhausser le mur mitoyen. »

De même la Cour de Caen, 13 mai 1837, Sirey, 1837,

2, 333, refuse d'appliquer l'art. 692 « parce que l'état de non élévation dans lequel un mur a pu rester pendant un temps plus ou moins long est un simple acte d'abstention qui ne porte en lui-même aucun signe apparent ».

Dans le même sens, la Chambre civile, 13 février 1843, Sirey, 1843, 1, 351, déclare que « la servitude *non altius tollendi* n'étant pas apparente, n'avait pu, aux termes de l'article 692, être établie par la seule destination du père de famille ».

La même Chambre le 10 avril 1855, Dalloz, 1855, 1, 212, décide que « l'existence d'une simple servitude de jour établie par destination du père de famille ne saurait mettre obstacle aux droits qu'a le propriétaire du fonds servant de bâtir conformément aux articles 678 et 679 ». V. comme reproduction à peu près complète de cet arrêt : Cass. civile, 10 août 1858, Dalloz, 1858, 1, 353, 354.

Absolument dans le même sens, voir Seine, 13 mai 1859, Paris, 22 novembre 1861, Requête, 5 août 1862, Dalloz, 1862, 1, 539. « La servitude *altius non tollendi* n'étant point apparente », l'art. 692 ne saurait être appliqué. V. encore, Seine, 10 août 1885, Paris, 7 janvier 1890, Dalloz, 1890, 2, 175; Nancy, 14 novembre 1896, Dalloz, 1897, 2, 88, et Requête, 1^{er} juin 1908, Dalloz, 1908, 1, 288, qui continuent fidèlement cette jurisprudence restrictive.

Mais, incontestablement, l'arrêt le plus draconien,

et de beaucoup, a été rendu par la Cour de Limoges le 29 décembre 1884, Dalloz, 1885, 2, 155. « Considérant que pour satisfaire aux exigences précises et limitées de l'art. 678, il suffit de laisser dans la partie faisant directement face à la fenêtre d'aspect un espace libre ayant une profondeur de 19 décimètres et une largeur égale à celle de la fenêtre sur toute cette profondeur ;

« Considérant qu'il est exact de dire que d'après l'art. 678, chacun, quand il s'agit de vue droite, a le droit d'élever sur son terrain toute construction ou plantation à la distance réglementaire de 1,90... »

La Cour de Limoges résout ici d'une manière curieuse un cas qu'elle a eu, à mon avis, le tort de considérer comme un cas particulier ; il existait au profit d'un fonds une servitude de vue qui s'exerçait par une seule fenêtre. La Cour, s'écartant de la Jurisprudence ordinaire, estima pouvoir user d'une disposition spéciale, pour la raison qu'il n'y avait qu'une seule fenêtre, et ainsi elle décida que le constructeur d'à côté était tenu d'observer la distance légale de 19 décimètres en face seulement de la fenêtre, pour une largeur exactement correspondante à celle de cette fenêtre, en sorte qu'au moyen d'une niche dont le fond est séparé du mur qui porte la fenêtre d'aspect par une distance de 19 décimètres, on en arrive à tourner la disposition de l'art. 678 sous prétexte de l'interpréter d'une façon étroite.

Je ne vois pas, en effet, pourquoi on distingue entre

le cas où il y a une fenêtre et le cas où il y en a plusieurs, et pourquoi, dans la première hypothèse, on estime qu'il est possible de ne pas observer, sur toute la longueur de la construction, la distance de 19 décimètres ? Quelques années, en effet, avant la Cour de Limoges, la Cour de Montpellier avait jugé que l'artifice de la niche n'était pas acceptable lorsqu'il y avait plusieurs fenêtres d'aspect ; c'était à bon droit, et la Cour de Limoges, loin de s'inspirer de ce sage précédent, y vit comme un argument sur lequel elle pouvait appuyer sa thèse. Que devient, je vous le demande, avec une pareille jurisprudence la servitude de vue ? puisque le fonds dominant aura désormais pour tout prospect une niche de 19 décimètres de profondeur, sans compter que le resserrement de la venelle au-dessus et au-dessous de la niche, en entraînant des difficultés de nettoyage, engendrera des odeurs peu agréables et malsaines. C'est bien assez, à mon sens, de décider avec une partie de la jurisprudence que le constructeur est à l'abri de toutes plaintes lorsqu'il observe sur toute la longueur la distance de 19 décimètres.

Je considère, en effet, que cette jurisprudence, moins draconienne que celle de Limoges, renferme déjà une restriction considérable au droit de vue et que si elle a été inspirée par le souci de permettre les agglomérations, elle fournit très souvent le moyen ingénieux et injuste de molester le voisin.

Au reste, les arguments juridiques sur lesquels

s'appuie cette jurisprudence sont plutôt faibles; en premier lieu, ses partisans estiment qu'il est nécessaire de distinguer soigneusement entre la servitude de vue et la servitude *non ædificandi*; la première, disent-ils, est apparente, la deuxième ne l'est pas et, pour cette raison, la seconde peut s'établir seulement par titre et non par destination du père de famille.

En second lieu, la seule servitude de vue n'empêche pas, disent-ils encore, d'élever « toute plantation ou construction à la distance réglementaire »; car la prohibition de construire dans la « distance de 19 décimètres est la seule qui ait été imposée par la loi ».

Ces arguments qui trouvent, je le concède, une certaine force dans les nécessités urbaines me paraissent facilement réfutables; s'il est vrai, en effet, en premier lieu, de dire que les servitudes non apparentes ne peuvent pas s'établir par la destination du père de famille, parce que l'apparence est un élément de preuve que seul un écrit peut remplacer, il est non moins exact d'admettre que la prohibition de bâtir est une conséquence directe de la servitude de vue.

En ce sens, v. Requêtes, 23 avril 1817, Sirey, 1817, 1, 337, dont le dispositif d'ailleurs nous est contraire, mais qui, cependant, voit dans l'interdiction de bâtir une conséquence du droit de vue, puisque les contestations qui y sont relatives ont pour but « la fixation de ce droit de vue ».

Dans le même sens, v. Cass., Belge, 19 novem-

bre 1896, Dalloz, 1898, 2, 56. « Considérant en droit que la servitude de vue établie par destination du père de famille, en l'absence de toutes circonstances qui en déterminent l'étendue, n'emporte pas nécessairement une servitude de prospect. » Je crois le point de vue exact, sans doute la servitude de prospect n'est pas la conséquence nécessaire de la servitude de vue; sans doute il ne suffit pas qu'il y ait une servitude de vue pour qu'il y ait prohibition de bâtir au delà de la distance de 19 décimètres, mais j'estime avec la Cour belge qu'il faut décider, suivant les circonstances, si l'étendue de la servitude de vue établie par destination du père de famille n'est pas telle qu'elle comporte l'obligation de ne pas élever de construction rendant, suivant les expressions de la Cour de Paris, la « vue impossible ou illusoire ».

Au reste, si l'appréciation des juges peut utilement s'exercer quand il s'agit d'autoriser les constructions au delà de 19 décimètres, il n'est pas douteux que le code « considère comme servitude apparente la servitude de vue manifestée par des ouvrages extérieurs, bien qu'elle ait nécessairement pour conséquence de grever le fonds assujetti de la servitude de ne pas bâtir en deçà d'une certaine limite et au-dessus d'une certaine hauteur. » V. Bruxelles, 12 juin 1896, Cass. belge, 23 mars 1897, Dalloz, 1898, 2, 79. On pourrait donc très sagement et très juridiquement admettre que l'existence d'une servitude de vue établie notam-

ment par destination du père de famille entraînera prohibition de bâtir toujours dans la distance de 19 décimètres, et quelquefois au delà de cette distance lorsque les Juges du fait, appréciant souverainement les intentions des parties dans l'accord tacite dont la destination du père de famille suppose l'existence, croiront nécessaire à l'intégrité du droit de prospect d'interdire les constructions que le voisin voudrait élever au préjudice de ce droit de vue.

C'est qu'en effet, et ce n'est pas là le côté le moins intéressant de la question, puisque cet argument serait spécial à notre institution juridique, il serait peut-être, si l'on voit dans l'interdiction de bâtir une conséquence de la servitude de vue, très nécessaire de décider suivant les circonstances quelle est l'étendue de cette servitude, quelle a été la volonté du père de famille et quel est l'esprit de l'accord qui est intervenu entre ce père de famille et ses ayants cause ; pour cela, bien entendu, par application d'ailleurs des principes généraux, il faudrait reconnaître aux juges du fond la possibilité d'apprécier souverainement son intention, et par suite de décider suivant les circonstances dans quelle mesure, jusqu'à quelle distance et quelle hauteur la servitude de vue établie par destination du père de famille entraîne interdiction de bâtir ; on ne méconnaîtrait pas, ce faisant, la nécessité de la condition d'apparence, car il s'agirait, non pas de décider qu'une servitude non apparente a pu être établie par

destination du père de famille, mais de rechercher quelle doit être l'étendue d'une servitude apparente et continue : la servitude de vue.

V. en ce sens un arrêt de la Cour de Paris, 13 janvier 1853, cassé d'ailleurs le 10 avril 1855, Dalloz, 1855, 1, 212.

« Considérant que si Pilté a le droit d'élever sur son terrain les constructions dont il lui appartient d'apprécier l'utilité ou la convenance, il ne peut le faire cependant qu'en se conformant à la destination du père de famille dont la servitude de vue émane ;

« Considérant qu'il n'a pu *entrer dans l'esprit* du père de famille de faire obstacle à l'exercice des servitudes par lui créées en autorisant des constructions qui rendraient l'exercice de ces servitudes impossible et illusoire ; »

Par ces motifs, la Cour dit que le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de construire.

Absolument dans le même sens avec une reproduction presque intégrale des termes ; v. Tribunal de Lyon, 18 juillet 1855, et Cour de Lyon, 20 février 1856 ; ces décisions d'ailleurs furent cassées le 10 août 1858. D., 1858, 1, 353, 354.

Cependant la Cour suprême semble être revenue de sa rigidité. V. Requêtes, 10 juin 1874. D. 1875, 1, 165.

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que les deux hôtels étaient autrefois aménagés à l'usage d'une seule famille ;

« Attendu que la prétention du demandeur de clore son hôtel, est justifiée par l'art. 663, mais que cette clôture doit être faite dans des conditions telles qu'elle *ne porte aucune atteinte* à la servitude de vue qui grève l'immeuble du demandeur par la destination du père de famille. Pour ces motifs. Rejette. »

Il semblerait donc que la Jurisprudence que nous combattons pêche doublement : 1° en distinguant aussi soigneusement la servitude *non altius tollendi* de la servitude de vue et 2° en méconnaissant la véritable intention du père de famille.

Je vais maintenant examiner sommairement ce que vaut l'argument appuyé sur l'article 678 du Code civil.

La Cour de Limoges base sa décision sur ce que, « en matière de vue droite, l'art. 678, qui réglemente la matière, n'emporte prohibition de bâtir qu'en deçà de la distance de 19 décimètres du parement extérieur du mur où sont pratiquées les vues droites ».

Si, après cela, on examine les articles 678, 679, 680, on y trouve toute autre chose que ce que la Cour de Limoges y a vu.

ART. 678. — « On ne peut avoir de vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres de distance entre le mur où on les pratique et le dit héritage », « la distance dont il est parlé se comptant depuis le parement entre ceux

du mur, où l'ouverture se fait, jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés » (art. 680). Si l'on veut bien y prendre garde, on trouve dans l'art. 678 ces expressions : « On ne peut avoir des vues » que « si l'on se conforme à la distance légale » ; par conséquent, cette distance a été établie, non pas pour régler la construction d'en face, mais pour régler l'ouverture des vues ; la nécessité de l'observer est une « servitude d'intérêt privé et mutuel », comme le dit M. Planiol (Planiol, tome I^{er}, page 935) ; par conséquent, l'établissement d'une servitude de vue par prescription ou destination du père de famille n'est aucunement réglementée par le texte qui s'applique seulement dans le cas où celui qui veut ouvrir une vue ne peut pas se prévaloir d'une servitude du fait de l'homme, mais au contraire est tenu d'observer la servitude légale qui lui commande de se conformer à la distance de 4 m. 90.

Je reproche à la jurisprudence ordinaire et spécialement à la Cour de Limoges d'avoir confondu la distance pour ouverture de vue et la distance pour construction en face d'une vue.

Quoiqu'il en soit, le principe directeur dont l'application a causé ces difficultés, et dont s'est inspirée la jurisprudence courante, est inattaquable : il est impossible d'établir par la destination du père de famille une servitude non apparente. Pourquoi en est-il ainsi, je le rechercherai en étudiant la force probante du signe apparent. C'est toujours par application de cette règle

générale, d'après laquelle l'apparence est condition *sine qua non*, que la servitude de vue ne peut pas être établie par destination du père de famille « lorsqu'elle ne s'annonce par aucune marque indicatrice ».

V. Requêtes, 5 mai 1909. Dalloz, 1909, 1, 315,

Et que, d'autre part, la jurisprudence a été amenée à appliquer par raisonnement *a contrario* l'art. 692 à une servitude un peu spéciale que je pourrais appeler servitude de prise de vent.

V. Cour de Bruxelles, 12 juin 1896, cass., 25 mars 1897. Dalloz, 1878, 2, 79.

« Considérant que les vendeurs cédèrent le moulin avec tout son matériel tournant en l'état qu'il leur appartenait; que les ailes du moulin telles qu'elles étaient établies au moment de la vente dépassaient notablement la ligne séparative; que la toiture du bâtiment voisin a été construite en pan coupé afin de ne pas empiéter sur la circonférence décrite par les ailes dans leur mouvement de rotation, etc... Rejette. »

C'est à bon droit que les Cours belges ont appliqué l'art. 692, car la servitude est bien continue (le fait de l'homme n'intervient qu'initialement) et apparente, car les ailes du moulin et les précautions prises par le constructeur voisin sont des signes extérieurs.

Voilà donc en quoi consiste et à quelles difficultés donne lieu la nécessité du signe apparent. Je vais maintenant étudier ce signe apparent dans ses formes très variées et dans ses conditions.

B. FORMES ET CONDITIONS. — En principe, le signe apparent est, suivant la définition donnée par un arrêt de la Chambre des Requêtes, 19 juin 1893, Dalloz, 1893, 1, 526, « un ouvrage apparent établi par le père de famille sur les fonds réunis dans ses mains ou sur l'un d'eux, et révélant de sa part une volonté d'établir d'une façon définitive et permanente un droit au profit d'un des fonds et un assujettissement à la charge de l'autre ».

Cependant il a été jugé que le signe apparent peut résulter d'un état de choses naturel (Bourges, 13 décembre 1825, Sirey, 1826, 2, 222), utilisé à titre de destination du père de famille.

Ce signe doit être, comme le texte le demande d'une façon expresse :

1° Apparent : la nécessité de cette condition a été déjà suffisamment établie pour qu'il soit inutile de revenir sur ce caractère ;

2° Caractéristique : cela se comprend : pour qu'il y ait signe de servitude, il faut que l'on sache clairement de quelle servitude il s'agit ; l'exigence de cette condition est formellement indiquée dans un arrêt relativement récent, Requêtes, 1^{er} août 1887,

Dalloz, 1888, 1, 112. « Celui qui invoque l'existence d'un signe apparent doit établir que ce signe est non équivoque et caractéristique de cette servitude. » Cette exigence est, en outre, contenue implicitement dans de nombreux arrêts.

V. Tribunal de Béziers, 23 juillet 1850. Requêtes, 14 juin 1852, Dalloz, 1854, 1, 155, « qui estiment que la situation d'un canal par rapport à un terrain ne peut être considérée comme le signe apparent d'une servitude de submersion ».

Par contre, le Tribunal d'Evreux, 4 février 1852, la Cour de Rouen, 8 juillet 1853, et la Chambre des Requêtes, 2 avril 1854, Dalloz, 1854, 1, 272, ont vu dans un barrage le signe apparent d'une servitude de prise d'eau, bien que ce barrage fût situé à une distance de 140 mètres de la ligne séparative des deux prairies.

La Cour de Bastia plus sévère, 3 mars 1856, Dalloz, 1856, 2, 85, 86, a cru devoir refuser au propriétaire des arbres qui étendent leurs branches sur le terrain d'autrui, la possibilité d'établir, par destination du père de famille, un droit de passage aux fins de cueillette des fruits, parce que l'exercice de ce droit ne se révélait par aucune manifestation non équivoque (le motif n'est pas indiqué d'une façon expresse mais il est implicitement exprimé).

Dans le même sens, les tribunaux n'ont pas voulu voir, dans l'empiètement des branches, la manifestation suffisamment certaine d'une destination spéciale du père de famille.

V. le même arrêt de la Cour de Bastia, 3 mars 1856, Dalloz, 1856, 2, 85. V. aussi Cour de Paris, 15 juin 1865. Dalloz, 1865, 2, 199, qui estime que « le fait d'abandon-

ner les branches dans le principe à leur libre développement n'implique point une disposition définitive ».

Ainsi que Cass. civ., 9 juillet 1867, 1, 252, qui décide « que l'extension des branches sur un fonds voisin ne saurait être considérée comme le signe apparent d'une servitude ».

De même il a été jugé, Nancy, 25 août 1874. Requêtes, 15 juillet 1875, Dalloz, 1877, 1, 127, déjà cité, que l'ouverture pratiquée dans une haie ne peut pas être considérée comme le signe suffisamment caractéristique d'une servitude de passage, parce que cet arrangement révèle plutôt un souci de convenance personnelle qu'une volonté de disposition définitive.

La même décision est intervenue à propos d'un pont intéressant deux rives appartenant au même propriétaire.

V. Douai, 27 avril 1875. Requêtes, 7 mars 1876, Dalloz, 1878, 1, 69, déjà cité. Dans le même sens, la Cour d'Alger, 27 mars 1879, et la Chambre civile, 24 janvier 1883. Dalloz, 1884, 1, 112, ont refusé de voir le signe apparent d'une servitude de vue dans le pan de mur portant « les marques d'une fenêtre et les vestiges incertains d'une autre ouverture d'aspect ».

La Cour de Rouen, 5 décembre 1891, et la Chambre civile, 1^{er} août 1894, Dalloz, 1895, 1, 34, n'ont pas cru reconnaître « aux dalles qui couronnent un mur, le caractère d'un ouvrage révélateur de servitude de vue, parce que le mur était à la fois une clôture et un obs-

tacle à l'éboulement », en sorte que l'équivoque était possible.

La Cour de Liège, 10 mai 1894, Dalloz, 1896, 2, 107, a refusé de voir un signe apparent de servitude de prise d'eau dans l'existence d'ouvrages extérieurs et permanents « qui n'établissaient aucune relation entre les eaux de source et les usines ».

La Cour de Limoges, 28 juillet 1885, Dalloz, 1888, 1, 106, a jugé de la même manière pour une rigole, parce qu'il s'agissait d'eaux courantes dont l'écoulement à travers un fonds au profit d'un autre ne pouvait pas être considéré comme signe apparent de servitude de prise d'eau.

Mais cet arrêt fut cassé le 25 octobre 1887, parce que la Cour suprême estima à bon droit que la distinction des eaux courantes et des eaux mortes n'intéressait pas le fonctionnement de la destination du père de famille.

Au contraire, on a vu un signe suffisamment caractéristique de servitude dans la porte ouverte sur la levée d'un étang, car son existence et sa disposition ont paru indiquer suffisamment l'habitude qu'avait le père de famille d'utiliser pour son passage la chaussée de cet étang. V. Requêtes, 12 janvier 1869, Dalloz, 1869, 1, 224.

De même la Cour de Rennes, 27 novembre 1884, et la Chambre des Requêtes, 8 juillet 1885, Dalloz, 1886, 1, 292, ont jugé que « le signe apparent d'une servitude de

passage était constaté par une barrière fermant à clef qui interceptait le chemin et dont la clef avait été remise aux propriétaires du fonds dominant pour s'en servir à leur volonté ».

La Chambre des Requêtes, 14 mai 1901, Dalloz, 1901, 1, 356, a vu dans « un mur à pierre sèche limitant le terrain acquis par le demandeur du côté du cloaque de la maison du défendeur et dans la pierre en saillie servant à la vidange du cloaque un signe apparent de servitude au profit de la dite maison ».

En l'espèce, la servitude consistait dans le droit de grimper sur le mur pour la vidange du cloaque au moyen de la marche d'escalier constituée par la pierre en saillie.

La Cour de Bastia, 8 décembre 1824, Sirey, 1825, 1, 362, est allée jusqu'à décider que l'existence au second étage d'un évier et l'habitude de la part des habitants du 1^{er} étage d'en user régulièrement devait être regardée comme la marque non équivoque de l'obligation pour les habitants du second « de souffrir l'usage de cet évier par les habitants du 1^{er} étage ».

Enfin la Cour de Paris, 24 janvier 1857, et la Chambre des Requêtes, 1^{er} juillet 1857, Dalloz, 1857, 1, 400, ont estimé que l'existence d'une sente commune bornée à gauche par une palissade et l'habitude qu'a le propriétaire de droite de passer librement de sa propriété dans la sente pouvaient être considérées comme le signe non équivoque du droit pour le propriétaire de droite « de con-

server l'entière liberté de ses communications sur toute la longueur de la sente » et, par suite, de ne pas se clore.

Je crois avoir ainsi établi que la jurisprudence exige un signe caractéristique, et je pense avoir en même temps, par ces nombreux exemples, indiqué ce qu'elle entend par signe non équivoque : Je n'ai pas cru, en effet, devoir négliger, même dans une argumentation juridique, les espèces curieuses et les difficultés de détail.

J'en arrive maintenant au troisième caractère du signe de servitude : 3° Ce signe doit être permanent.

Cette condition est une condition de force probante, car si les manifestations de la servitude étaient intermittentes et passagères, le consentement des ayants cause du père de famille aurait pu être surpris à un moment où l'existence de cette servitude ne se révélait par rien et devait, par suite, échapper nécessairement à leur connaissance.

V. en ce sens Bastia, 17 décembre 1856. Dalloz, 1858, 2, 210. « Considérant que le passage, au moyen d'une échelle mobile, d'un étage à l'autre, ne présente pas ce caractère de permanence et de pérennité qui révèle la preuve d'une affectation perpétuelle devant survivre « à la division de la propriété », par ces motifs n'admet pas la destination du père de famille. »

Dans le même sens, la Cour de Bordeaux, 20 décembre 1836, Sirey, 1838, 2, 135, refuse à la servitude de tour d'échelle le caractère d'apparence, parce que

cette servitude suppose des empiétements qui, bien que très visibles au moment où ils ont lieu, ne laissent pas une manifestation permanente, une trace continuelle de leur existence.

V. encore Tribunal de Limoux, 4 juillet 1867. Requêtes, 2 mars 1869. Dalloz, 1870, 1, 134, qui refusent d'appliquer l'art. 694 à la servitude de déblais « parce que la faculté de déposer les sables provenant du curage du canal ne se révélait par aucun signe extérieur et permanent » ; à la vérité, j'ai cru devoir, en étudiant les effets de la destination du père de famille sur l'utilité de la possession, combattre cette solution particulière, mais la préoccupation qui l'a dictée n'en est pas moins exacte.

Il semble donc incontestablement établi que le signe de servitude doit être, pour que le fonctionnement de notre institution juridique puisse être admis : 1° apparent ; 2° non équivoque ; 3° permanent.

Quelles sont les raisons de cette triple exigence ? Je les trouve dans la nature juridique de la destination du père de famille et dans la force probante qui doit être attachée aux circonstances des articles 692, 693, 694, spécialement dans la force probante, dans la puissance de signification que ce signe doit contenir.

C. FORCE PROBANTE DU SIGNE APPARENT. — On s'est peut-être demandé, au cours de ces développements, si le signe apparent et l'ouvrage du père de famille ne se

confondaient pas ; je crois que cette question doit tout de suite recevoir une réponse négative. Au point de vue logique tout d'abord, la différence s'aperçoit aisément ; il y a entre eux une relation de cause à effet : le premier est le point de départ, le second est le point d'arrivée ; le premier est l'acte initial, l'autre est le résultat. Au point de vue juridique, il est aussi facile de les différencier : le fait de la mise en état des lieux révèle la volonté du père de famille, puisque seul peut servir d'occasion à l'application des articles 692, 693, 694 l'ouvrage qui manifeste suffisamment une intention de disposition définitive, et s'il est vrai de dire que cet ouvrage peut avoir une valeur révélatrice des intentions de son auteur dans le cas seulement où il est apparent et caractéristique, il est également exact de soutenir :

1° Que l'apparence et l'absence d'équivoque établissent aussi le consentement des ayants cause ; 2° que la permanence n'a pas d'autre raison d'être que de faciliter la connaissance par ces ayants cause du service établi et de prouver que ce service connu a été, par suite, accepté.

Il est tout à fait inutile de rechercher dans quelle mesure l'existence d'un signe apparent et non équivoque permet de reconnaître la volonté du père de famille ; car cette question a été résolue à propos de la force probante de l'arrangement matériel ; il s'agit seulement

de se demander comment les conditions du signe apparent sont des conditions de preuve vis-à-vis des ayants cause et dans quelle mesure la réunion de ces conditions permet de reconnaître le consentement de ces ayants cause.

Le signe de la servitude, avons-nous dit, doit être apparent et caractéristique ; il doit exister au moment de la séparation des héritages (art. 694, C. c.). Le motif de cette double exigence est facile à apercevoir ; il est nécessaire que les ayants cause puissent reconnaître avec précision l'existence, la nature, l'étendue de la servitude qui va prendre naissance ; car seule la probabilité qu'ils ont en cette connaissance permettra de donner à leur silence une sérieuse signification ; par suite, l'originalité du système consiste à attacher aux caractères du signe de servitude la preuve que les ayants cause l'ont connu et à cette connaissance la preuve qu'ils l'ont accepté ; car incontestablement si telle n'avait pas été leur intention, ils auraient manifesté leur désapprobation d'une façon quelconque au lieu de garder un silence que la loi juge favorable ; mais, pour qu'il en soit ainsi, pour que les ayants cause puissent apprécier la charge ou l'avantage qui leur est offert, il faut que les caractères révélateurs existent au moment où leur attention s'exerce, c'est-à-dire au moment de la séparation des héritages, et par conséquent que le signe de servitude soit permanent, car il se pourrait dans le cas contraire que l'apparence fasse défaut précisément au

moment où elle serait nécessaire ; en sorte que le silence des ayants cause, bien loin de révéler leur acceptation de l'état de choses établi par le père de famille, s'expliquerait uniquement par une ignorance dont la clandestinité passagère du service foncier serait la cause.

En résumé, les caractères du signe de servitude sont autant de conditions requises pour que les ayants cause puissent connaître avec précision la servitude qui va prendre naissance et pour qu'on puisse tirer de leur attitude la probabilité suffisante qu'ils ont accepté la volonté du père de famille. Je crois même que si les deux premiers caractères du signe apparent sont aussi révélateurs de la volonté du maître que de celle des ayants cause, par contre, la condition de permanence est surtout démonstrative du consentement de ces derniers ; car on comprendra aisément que le père de famille a entendu persévérer dans sa première intention, bien que la manifestation de sa volonté ne soit pas continue, pourvu que les actes significatifs se produisent et se manifestent d'une façon sinon périodique du moins habituelle, sans qu'il soit aucunement nécessaire, à mon sens, que l'on puisse relever au moment de la séparation des héritages une manifestation actuelle et spéciale de cette volonté de disposition définitive, alors surtout qu'il s'agit de l'accomplissement et de la répétition d'actes dont la seule nature indique déjà, de la part de l'auteur, le souci de se survivre dans un état de choses permanent.

En ce sens, v. *Requêtes*, 27 mars 1866, *Dalloz*, 1866, 1, 339, qui n'exige pas l'apparence au moment du décès, mais seulement au moment du partage. « Attendu que le pourvoi objecte vainement que le signe apparent n'existait pas au moment du décès de l'auteur commun, mais seulement au moment du partage ».

Enfin je crois que ces conditions du signe de servitude sont les mêmes, et que, par suite, leur force probante est identique, qu'il s'agisse des art. 692, 693 ou de l'art. 694, bien que les expressions significatives de l'art. 694 « s'il dispose... sans que » ne se trouvent pas dans l'art. 693 ni dans l'art. 692 ; car, en premier lieu, comme cela résulte des arrêts étudiés à propos des formes du signe apparent, le caractère de permanence est uniformément exigé pour les trois articles, et en second lieu, comme cela sera étudié dans l'exposé des systèmes, la différence qui sépare l'art. 693 et l'art. 694 ne doit être recherchée ni dans la distinction des modes de séparation, ni dans la nécessité ou la signification ou les conditions variables de la communauté d'origine, de la mise en état des lieux, du signe apparent qui sont des conditions vraiment communes aux trois textes.

La jurisprudence est entrée dans cette voie : elle a vu dans la nécessité du signe de servitude un souci de preuve, et dans les caractères de ce signe, la possibilité d'établir le consentement des ayants cause. V. notamment *Bastia*, 3 mars 1856, *Dalloz*, 1856, 2, 85, 86. *Lyon*, 14 juin 1862, *Dalloz*, 1867, 5, 398, et surtout *Cass. civ.*,

9 juillet 1867, Dalloz, 1867, 1, 252, qui voit dans le prétendu signe apparent de servitude constitué par l'extension des branches sur le fonds du voisin, la manifestation d'une pure tolérance : « Attendu que l'art. 672 consacre une faculté dont le non exercice constitue une simple tolérance et n'implique aucunement renonciation de la part du propriétaire au droit de faire cesser cet état de choses, que par cela même l'extension des branches sur un fonds voisin ne saurait être considérée comme le signe apparent d'une servitude ».

Absolument dans le même sens, v. Caen, 4 juin 1892, Dalloz, 1896, 2, 3.

Bien plus, certains arrêts en présence du signe apparent, caractéristique, permanent d'une servitude de jour, par exemple, et du silence de l'ayant cause, ont cru devoir admettre une renonciation au droit, soit d'acquérir la mitoyenneté, soit de se prévaloir de tous les effets de cette acquisition ; sans doute nous ne trouvons pas cette idée formellement exprimée dans les manifestations de cette jurisprudence ; mais les décisions qui y correspondent ne pourraient pas s'expliquer autrement qu'en admettant ce point de départ. V. Cour de Bordeaux, 18 janvier 1850, Dalloz, 1851, 2, 123.

« Attendu que les acquéreurs, en utilisant ensuite cette ouverture, n'ont pas changé la destination du père de famille, que cet état de choses constitue dès lors une servitude continue et apparente ;

« Attendu, en conséquence, que Marie Dumonteil, ayant acquis le droit de conserver ce jour, Miane ne peut la contraindre à lui vendre la mitoyenneté du mur dont s'agit que jusqu'à la hauteur de cette ouverture. »

La Cour de Bordeaux considère en effet que la faculté d'acquérir la mitoyenneté n'est pas absolue en l'espèce parce que les acquéreurs ont consenti à la constitution d'une servitude continue et apparente dont ils ne sont pas fondés à demander la suppression effective en revendiquant la faculté d'acquérir la mitoyenneté au-dessus des ouvertures ; ce qui prouve surabondamment leur consentement, c'est qu' « en utilisant ensuite ces ouvertures ils n'ont pas changé la destination du père de famille » (au sens étymologique).

En sens contraire, v. Cassation, 3 juin 1850, Dalloz, 1851, v^o servitudes, qui considère la faculté d'acquérir la mitoyenneté comme absolue ; en sorte que le mot « pratiquer » contenu dans les art. 660, 661 « s'entend dans un sens énonciatif et n'exclut pas l'application de la prohibition aux ouvertures déjà exécutées ».

A la vérité, on pourrait soutenir qu'il faut voir dans la faculté d'acquérir la mitoyenneté un véritable droit d'expropriation reconnu à un particulier et basé sur l'intérêt général, sur le souci de la meilleure utilisation du sol, en évitant les pertes de terrain dans les constructions ; et ainsi on serait peut-être amené à sacrifier devant l'exercice de ce droit, comme devant l'autorité qui exproprie, les droits réels antérieurement acquis

par l'exproprié ; mais, outre que l'étendue de l'effet libératoire de l'expropriation est très discutée, et que le caractère de ce mode de séparation n'empêche pas le fonctionnement de la destination du père de famille, on doit considérer que les circonstances des art. 692, 693, en établissant l'accord du maître et des ayants cause, prouvent l'acceptation par ces derniers de la servitude, et par suite la renonciation à la faculté d'acquérir la mitoyenneté, puisque cette acquisition entraînerait la disparition de la servitude que l'accord tacite a fait naître ; sans doute on peut objecter que la renonciation à un droit d'intérêt général est difficile à admettre, mais comment alors expliquer la faculté d'abandon de mitoyenneté ; et si l'on permet la renonciation à la mitoyenneté acquise, y a-t-il une raison sérieuse de repousser la renonciation anticipée ?

Au reste, un arrêt récent Cass. belge, 17 décembre 1908, Dalloz, 1910, 2, 20, apporte en faveur de notre thèse de remarquables précisions « sur le moyen du pourvoi, pris notamment de la fausse application de l'art. 693, en ce que l'arrêt attaqué décide que nonobstant l'acquisition par le demandeur en cassation de la mitoyenneté du mur séparatif des héritages du demandeur et du défendeur, mur dans lequel existent des fenêtres et des ouvertures contraires aux dispositions du Code civil, le défendeur a le droit de conserver les dites fenêtres et ouvertures ;

« Considérant que cet état de choses souverainement

constaté traduit chez le propriétaire commun qui l'a créé la volonté que le fonds appartenant aujourd'hui au demandeur fournisse à la maison, propriété actuelle du défendeur, la vue, le jour et l'air, etc... Par ces motifs. Rejette. »

Cet arrêt a été rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Terlinden qui disait notamment, pour différencier la prescription de la destination du père de famille : « Le législateur avait restreint votre droit de propriété en ce sens que vous ne pouviez pas pratiquer des ouvertures dans le mur du voisin. Par la prescription vous avez libéré votre immeuble de cette interdiction et les vues que vous avez illégalement établies ont désormais une existence légale, mais sans avoir toutefois privé le voisin du droit de faire sur son terrain ce que bon il jugerait, voire même supprimer vos vues en les rendant inutiles ou impraticables. Le bénéficiaire de la prescription avait seul manifesté sa volonté, son voisin était resté passif et le consentement de celui-ci était resté étranger à la création de la situation créée par l'état des lieux. »

On peut tirer soit de l'arrêt, soit des conclusions conformes du ministère public d'importantes conclusions :

1° En l'espèce, le fonctionnement de la destination du père de famille empêche le propriétaire du fonds servant de revendiquer les effets ordinaires attachés à l'acquisition de la mitoyenneté ;

2° Il n'en est pas ainsi en matière de prescription, parce que le bénéficiaire de la prescription a seul manifesté sa volonté ;

3° En matière de destination du père de famille, l'acquisition de mitoyenneté ne peut pas produire tous ses effets parce que l'ayant cause « n'est pas resté passif », son consentement a été donné ; plus tard, il ne peut pas le reprendre pour modifier la situation juridique « créée par l'état des lieux » ;

4° C'est bien, certes, l'état des lieux qui crée cette situation spéciale, car c'est lui qui dénote chez l'ayant cause l'acceptation qui vaut renonciation ;

5° En effet, « l'état de choses souverainement constaté » traduisait la volonté du père de famille, la portait à la connaissance des ayants cause, et le fait de la part de ces ayants cause, en présence du rapport d'assujettissement qui leur était révélé, d'avoir gardé le silence, prouve un consentement qui plus tard leur interdira de déchirer l'accord générateur de la servitude.

Telle est, à mon sens, la solution pratique qui doit intervenir pour concilier la mitoyenneté et la destination du père de famille et telle est aussi la signification rationnelle qu'on doit attacher à cette solution, au point de vue de la force probante du signe apparent.

Il est facile d'ailleurs de trouver la consécration de cette thèse sur la force probante du signe apparent, soit dans les arrêts qui admettent que la loi a attaché une présomption de consentement aux circonstances

des articles 692, 693, 694 (déjà cités dans ma section 1^{re} paragraphe 2), soit dans les décisions jurisprudentielles qui, étudiant spécialement la signification de ce signe, y ont vu la manifestation de la volonté du père de famille et du consentement des ayants cause, ou plus spécialement encore l'indice de l'acceptation des ayants cause. V. notamment comme arrêt très affirmatif sur ce dernier point : Cour d'Angers, 7 juin 1838, Requêtes, 24 février 1840, Sirey, 1840, 1, 98.

« Le service qui, lors de la séparation du fonds, est devenu une servitude véritable a, dès son origine, été commandé par une nécessité impérieuse et révélé par des travaux apparents, qui n'ont pu échapper aux regards de l'acquéreur et qui dénotent un consentement tacite de sa part. »

Je vais maintenant, puisque j'ai vu dans le signe apparent des articles 692, 693, 694, un moyen de preuve à côté, rechercher dans quelle mesure on devra admettre le pouvoir discrétionnaire des juges du fond dans l'appréciation de cette preuve ; je crois que ce pouvoir variera suivant qu'il s'agira d'une question de suffisance ou d'admissibilité de la preuve, et je crois aussi que cette distinction de la suffisance et de l'admissibilité expliquera beaucoup de décisions jurisprudentielles en apparence contradictoires.

D. COMPÉTENCE DES JUGES DU FOND DANS L'APPRÉCIATION DE LA FORCE PROBANTE DU SIGNE APPARENT. — Le

premier arrêt qui ait donné naissance à la difficulté est un arrêt de la Chambre des Requêtes, 2 avril 1854, Dalloz, 1854, 1, 272, 273.

« Attendu, en droit, que l'article 694 demande un signe apparent ;

« Attendu que le barrage litigieux est un signe apparent de servitude. Par ces motifs, rejette. »

Il semblerait qu'ici la Cour suprême a vu, dans la question de savoir si un barrage peut être regardé comme le signe apparent d'une servitude d'irrigation, une application qui n'échappait pas à son contrôle.

Par contre, des arrêts postérieurs en ont décidé tout autrement. V. Requêtes, 12 janvier 1869. Dalloz, 1869, 1, 224. Requêtes, 15 avril 1872. Dalloz, 1872, 1, 416, qui voient dans l'appréciation « des ouvrages apparents, une appréciation de fait ne présentant rien qui tombe sous la censure de la Cour suprême ».

Dans le même sens, la Chambre civile, 22 avril 1872, considère que les juges du fond ont constaté souverainement la communauté d'origine et l'existence des signes apparents.

La Chambre des Requêtes, 7 mars 1876, Dalloz, 1878, 1, 69, décide que « l'arrêt attaqué a pu écarter comme incertain [et équivoque le signe apparent invoqué par le demandeur ».

La Chambre civile, 24 janvier 1883, Dalloz, 1884, 1, 112, estime qu'en « déclarant que les vestiges de fenêtres existant dans un mur en grande partie écroulé

n'ont pu constituer un signe apparent de servitude, l'arrêt attaqué n'a fait que tirer de justes conséquences des faits par lui constatés ».

De même la Chambre des Requêtes, 8 juillet 1885, Dalloz, 1886, 1, 292, reconnaît aux juges du fond le pouvoir de décider souverainement que le signe apparent peut être constitué « par une barrière fermant à clef qui interceptait le passage et dont la clef avait été remise » aux propriétaires du fonds prétendu dominant pour s'en servir à volonté.

Ou encore, 1^{er} août 1887, Dalloz, 1888, 1, 112, cette même Chambre décide que « la Cour de Pau s'est livrée à une appréciation n'excédant pas son pouvoir souverain quand elle a refusé de reconnaître à une brèche dans une haie le caractère de signe certain d'une servitude de passage ».

La même affirmation du pouvoir souverain des Cours d'appel est contenue dans un arrêt du 30 novembre 1894. Requêtes, Dalloz, 1895, 1, 63, et dans un autre du 6 décembre 1898, Dalloz, 1899, 1, 87.

« Attendu que les juges du fond déclarent que de cet état de choses et de ces affectations résulte un signe apparent et non équivoque de servitude, que cette constatation est souveraine, par ces motifs, rejette. » V. encore dans le même sens, Requêtes, 28 mars 1904, Dalloz, 1905, 1, 163, et Cass. belge, 17 décembre 1908. Dalloz, 1910, 2, 20.

Par contre, la Cour suprême s'est reconnu un droit

de contrôle quand il s'est agi de décider que l'on pourrait combattre la force probante contenue dans un signe apparent d'une prétendue servitude de vue par la signification attachée au fait d'avoir laissé des pierres d'attente pour de nouvelles constructions. V. Limoges, 7 février 1884, et Requêtes, 9 décembre 1885, Dalloz, 1886, 1, 149.

Dans le même sens la Chambre civile, 25 octobre 1887, Dalloz, 1888, 1, 106, a cassé un arrêt de la Cour de Limoges parce que cette Cour avait refusé le caractère d'apparence à une servitude d'irrigation sous prétexte que la rigole avait été établie non pas par le demandeur mais par ses auteurs.

Il semble donc que l'on se trouve en présence de deux tendances inconciliables de jurisprudence, il n'en est rien cependant, il faut seulement distinguer entre la question d'admissibilité et la question de suffisance de la preuve.

Quand une Cour d'appel décide que l'on peut recevoir comme un moyen de preuve l'habitude de retenir l'eau en contrebas du seuil d'un moulin, à une hauteur toujours la même, mais menaçante pour les propriétaires inférieurs. V. Orléans, 12 mai 1883, Dalloz, 1885, 2, 119, quand elle estime qu'il y a là un signe apparent de servitude, sa décision n'est pas, à mon sens, à l'abri du contrôle de la Cour suprême, parce qu'il s'agit d'une question d'admissibilité de la preuve qui se pose ainsi : Peut-on recevoir l'offre de prouver

une renonciation au droit de se plaindre des inondations que pourra causer la retenue de l'eau à un niveau trop élevé, c'est-à-dire peut-on admettre la preuve d'une convention qui est peut-être illicite ?

De même, lorsque les juges du fond estiment que l'on ne peut pas attacher à un signe de servitude de vue sa force probante ordinaire, parce que la signification de ce signe est combattue par le fait qu'il existe des pierres d'attente dans le mur qui porte les ouvertures, l'appréciation de ces juges n'est pas souveraine. C'est qu'en effet, il s'agit de décider dans quelle mesure peut être reçue la preuve capable de contrarier la signification attachée par la loi aux circonstances de l'article 693. Incontestablement, il ne serait pas permis, dit la Cour suprême, de se décider à diminuer cette force probante par des raisons abstraites, des considérations d'ordre intellectuel, mais il est parfaitement licite de combattre par des faits matériels (existence d'une pierre d'attente) la signification attachée à d'autres faits matériels (communauté d'origine, signe de servitude.)

Ainsi, lorsqu'il s'agit de juger si une preuve est admissible, l'appréciation des juges du fait ne peut pas échapper au contrôle de la Cour de cassation ; mais que se passera-t-il lorsqu'il y aura lieu de décider si telle situation, tel fait, tel indice pourra constituer le signe apparent des articles 692, 693, 694 ?

Pour répondre, une distinction s'impose : si les juges du fond se sont inspirés de raisons de droit, de motifs

généraux pour admettre un indice matériel à titre de preuve, la solution par eux donnée concerne l'admissibilité de la preuve ; si, au contraire, ils se sont décidés d'après des raisons tirées de l'espèce, il s'agit d'une pure question de suffisance de la preuve. Dans le premier cas leur décision peut être censurée, dans le second, elle est souveraine. V. Cass. civ., 25 octobre 1887. Dalloz, 1888, 1, 106.

L'espèce qui fut soumise à la Cour suprême était la suivante :

Les eaux d'un ruisseau se rassemblent dans un étang d'où elles sortent par deux rigoles pour aller arroser les prairies voisines ; le propriétaire de l'une de ces prairies prétend avoir droit pendant trois jours de la semaine à la totalité de ces eaux et il estime pouvoir, au moyen d'un barrage ou d'une jonction, empêcher les eaux de couler dans la deuxième rigole, et comme on refuse de souscrire à cette prétention, il assigne et offre de faire la preuve qu'il a droit à cette servitude en vertu de la destination du père de famille.

La Cour de Limoges ne crut pas devoir admettre que les travaux invoqués constituaient un signe de servitude et cela pour deux raisons, d'abord parce que ces travaux étaient l'œuvre non pas du demandeur mais de ses auteurs, et ensuite parce qu'ils étaient destinés à donner passage à des eaux courantes. L'arrêt fut cassé et la Cour suprême put revenir sur la décision intervenue au sujet de l'apparence du signe, uniquement

parce que la Cour d'appel ne s'était pas décidée d'après des raisons tirées de l'espèce pour apprécier si la signification attachée aux ouvrages invoqués était suffisante, mais au contraire avait voulu trouver dans des raisons générales, d'ailleurs illusoires, le motif de repousser la preuve offerte. Ce qui confirme d'une façon très précise cette manière de voir, ce sont les conclusions de M. l'avocat général Petiton sur lesquelles la Cour de cassation rendit son arrêt.

Je crois avoir ainsi terminé l'étude du signe apparent.

Je soulignerai en passant que cette étude est commune aux trois articles 692, 693, 694, car en premier lieu la condition d'apparence est aussi bien exigée par l'article 692 que par l'art. 694, et en second lieu les décisions jurisprudentielles qui ont été examinées et critiquées résolvent de la même manière, qu'il s'agisse de l'art. 693 ou de l'art. 694, les difficultés relatives à la nécessité, à la forme et à la force probante de ce signe apparent.

Du même coup se finit l'étude des conditions communes aux articles 692, 693, 694, car il résulte de ce qui vient d'être dit que la Jurisprudence, soit pour la communauté d'origine, soit pour la mise en état des lieux, soit pour le signe apparent, ne distingue aucunement entre les trois articles ; la démonstration de cette vérité découle d'ailleurs *a contrario* de la réfutation des systèmes qui sont à l'encontre de notre manière de voir.

Ainsi l'originalité du système dont nous avons entre-

pris la défense consiste à attacher à la preuve de certains faits à côté la valeur démonstrative suffisante d'un fait juridique principal ; mais si l'on réunissait seulement les conditions déjà étudiées (communauté d'origine, arrangement matériel et signe apparent) la démonstration serait incomplète, la conviction ne serait pas entière, parce que l'équivoque serait possible : Il faut encore, suivant les expressions du tribunal de Saint-Pol et de la Cour de Douai, 18 juillet 1837, Sirey, 1838, 2, 22 : « Que la présomption qui en résulte soit fortifiée par une autre présomption tirée » soit de la continuité de la servitude, art. 693, soit de la neutralité bienveillante de l'acte de séparation (art. 694).

Cela nous conduit à l'étude de la condition spéciale à l'art. 693, la continuité, après quoi nous passerons à l'étude de la condition spéciale à l'art. 694, le silence de l'acte.

Section III

Condition spéciale aux articles 692 et 693

§ unique. — *La continuité.*

Si j'avais voulu être complet en étudiant la communauté d'origine, l'arrangement du père de famille et le signe apparent, j'aurais démontré pleinement que

c'étaient là des conditions communes aux articles 692, 693, 694, alors que j'ai négligé à cette place certains arguments, de même, si je voulais, en étudiant la continuité, examiner cette condition sous tous ses aspects, je démontrerais qu'elle est spéciale aux articles 692 et 693, mais la démonstration complète de cette vérité me conduirait à la réfutation des systèmes pour lesquels j'ai réservé une place spéciale.

Pour l'instant j'étudie le fonctionnement de la destination du père de famille en dégageant la nature, les conditions, le but des rouages qui constituent cette institution juridique ; pour cela je donne à chacun la place que comporte mon système et que commandent cette nature, ces conditions, ce but, ce qui est déjà une démonstration sérieuse de l'exactitude de la coordination et de l'agencement de ces organes.

Bientôt il s'agira d'établir que cette place est la seule vraie, non seulement parce qu'elle correspond seule au système que j'aurai démontré, mais encore parce qu'il est impossible de combiner autrement les rouages des articles 692, 693, 694.

C'est alors qu'interviendra la réfutation des systèmes qui ont vainement tenté la conciliation des art. 692, 693 et de l'article 694.

Je vais donc étudier la Continuité. — A. *Dans sa force probante*. B. *Dans ses conditions ou formes*.

A. FORCE PROBANTE. — L'arrêt de la Cour de Douai,

1^{er} juillet 1837, Sirey, 1838, 2, 22, plusieurs fois cité, estime « que le signe d'une servitude discontinue est toujours équivoque, tandis que quand il s'agit d'une servitude continue la disposition des lieux doit suffire ». Il est nécessaire d'expliquer la différence admise entre les deux sortes de servitudes au point de vue de la force probante de leurs manifestations ; on sait que la servitude continue est celle dont l'exercice n'exige pas le fait actuel de l'homme, mais à première vue la nécessité de ce fait actuel de l'homme ne paraît pas devoir diminuer la signification qui s'attache aux actes de servitude, d'autant plus que comme cela a été dit, le signe apparent d'une servitude quelle qu'elle soit, continue ou discontinue, doit être permanent, en sorte que si la servitude est discontinue, quant à son exercice, elle n'en est pas moins continue quant à sa manifestation ; par suite, le signe d'une servitude continue n'est ni plus apparent, ni plus permanent que celui d'une servitude discontinue ; il est seulement plus caractéristique parce que la différence de signification réside non pas dans la forme matérielle de ces signes mais dans la nature de l'usage auquel ils correspondent : lorsque la servitude est continue, le fonds dominant tire du fonds servant une exploitation qui n'est pas nécessairement incessante, mais qui est ordinairement involontaire en ce sens qu'elle s'exerce indépendamment de la volonté et de l'activité du propriétaire du fonds dominant, et totale en ce sens qu'elle correspond intégralement au be-

soin qu'a de ce service le fonds dominant. Au contraire, s'il s'agit d'une servitude discontinue, l'exercice qui en est fait dépend non pas surtout du besoin du fonds dominant, mais de la volonté, de l'activité, je dirais même du caprice du propriétaire de ce fonds : telle servitude de passage qui peut être très onéreuse pour le fonds servant avec tel propriétaire du fonds dominant, deviendra extrêmement douce si le propriétaire de ce fonds est remplacé par un autre moins turbulent ou plus disposé à se contenter d'un passage moins facile par exemple, alors que les besoins du fonds dominant restent absolument les mêmes. On peut donc dire que si la servitude est continue, la mesure de l'exploitation du fonds servant par le fonds dominant est exactement la mesure du besoin qu'a l'héritage dominant de cette servitude ; tandis que s'il s'agit d'une servitude discontinue, le poids de l'assujettissement variera bien plutôt avec le caractère du propriétaire du fonds dominant. Ainsi il sera plus malaisé de se faire une idée exacte de la charge foncière dans la seconde hypothèse que dans la première, soit parce qu'il est plus facile de connaître les besoins d'un héritage que les volontés d'une personne, soit parce que ces besoins sont moins variables que les caprices du propriétaire, soit enfin parce que le fonds dominant reste le même dans ses relations avec le fonds servant (car on ne peut pas aggraver la servitude), tandis que le propriétaire du fonds dominant peut changer et être remplacé par un autre de goûts

différents. On comprendra ainsi que le silence du propriétaire du fonds servant en face de l'exploitation que retire de son fonds le fonds dominant a une signification différente suivant qu'il s'agit d'un service continu ou d'un service discontinu. Dans le second cas, il révèle une volonté qui peut n'être pas définitive, soit parce que le propriétaire de l'héritage assujetti ne peut pas connaître encore le poids de la charge qui pèsera sur son fonds à cause de la variabilité de cette charge, soit parce qu'il est persuadé, connaissant les habitudes et les désirs du propriétaire actuel du fonds dominant, que cette charge sera peu lourde ; mais de cette façon rien ne prouve que ce qui est accepté pour l'instant, le sera encore quand la charge sera mieux connue ou que le propriétaire du fonds dominant sera moins modéré. Voilà pourquoi le service discontinu est dit de tolérance, voilà pourquoi sa transformation en servitude ne pourra être admise que si l'acceptation du propriétaire servant est établie non seulement au moyen de l'état des lieux, mais encore par suite de la production d'une preuve supplémentaire.

Voilà donc comment le signe d'une servitude continue est plus caractéristique que celui d'une servitude discontinue, puisque la condition de continuité, sans qu'il soit besoin d'aucune autre preuve, établit l'intention du maître et des ayants cause en attachant au silence des uns et des autres, en présence d'un signe apparent et permanent de servitude, une signification

d'autant plus grande que la servitude est mieux connue, moins variable, moins tolérée *intuitu personæ*, si j'ose ainsi m'exprimer, et qu'ainsi le consentement de tous est mieux éclairé.

B. FORMES ET CONDITIONS. — La servitude vraiment continue est celle dont l'exercice ne suppose d'aucune manière le fait de l'homme, par exemple, la servitude de jour, la servitude d'aqueduc ; mais, en outre, la jurisprudence a reconnu ce caractère de continuité aux servitudes dont l'exercice suppose le fait non pas actuel mais initial de l'homme, par exemple la servitude d'irrigation, quand la prise d'eau nécessite la levée d'une vanne ou d'un barrage. On pourrait se demander si cette sorte de continuité est suffisante pour le fonctionnement de la destination du père de famille, alors surtout, comme nous venons de l'établir, que la continuité est une condition de preuve, un élément de démonstration dont la signification est précisément basée sur cette particularité que le fait de l'homme n'étant pas nécessaire à l'exercice de la servitude, cet exercice est plus constant, moins variable, moins aléatoire, en sorte qu'il est plus facile de se faire dès le début une idée définitive à peu près exacte de la charge que le fonctionnement de la servitude entraînera. Et on serait peut-être fondé en apparence, en présence des discussions jurisprudentielles qui se contentent d'une continuité imparfaite, à m'objecter que cette compré-

hension extensive du caractère de continuité est directement contraire à ma conception, puisque la nécessité du fait initial de l'homme a pour effet de diminuer la force probante dans laquelle j'ai voulu voir la raison de la continuité.

Cette objection serait exacte si la nécessité du fait initial de l'homme avait l'effet qu'elle lui attribue, mais il n'en est rien et l'intervention initiale du propriétaire du fonds dominant a pour but non pas d'exercer la servitude, mais de rendre cet exercice possible ; elle doit être regardée comme une mise en état des lieux qu'il est nécessaire de renouveler à chaque utilisation de la servitude. D'ailleurs, en étudiant les espèces concrètes où la Jurisprudence a considéré comme suffisante au fonctionnement de la destination du père de famille cette continuité imparfaite, on s'apercevra aisément que la nécessité du fait initial de l'homme, loin de rendre la charge foncière indéterminée, variable et par suite plus difficile à connaître, en précise au contraire l'étendue. V. Chambre civile, 25 octobre 1887, Dalloz, 1888, 1, 106, qui casse l'arrêt de la Cour de Limoges du 23 juillet 1885.

« Attendu que les prises d'eau, lorsqu'elles s'exercent au moyen d'ouvrages apparents, sont des servitudes continues, alors même qu'elles ne s'exercent pas constamment et que le fait de l'homme est nécessaire, soit pour ouvrir, soit pour fermer l'orifice d'écoulement ; qu'il suffit que l'eau une fois libre de tout

obstacle s'écoule sans le fait actuel de l'homme. »

En l'espèce, le propriétaire du fonds dominant avait à intervenir « pour ouvrir ou fermer l'orifice d'écoulement » parce que les eaux n'appartenaient à son pré que durant trois jours de la semaine, par suite, la nécessité d'une intervention, loin de jeter l'incertitude sur l'étendue de la servitude, avait pour effet, au contraire, de la préciser, puisque cette intervention était uniquement commandée par la restriction très spéciale que la volonté tacite des parties avait apportée à l'étendue de cette servitude.

Absolument dans le même sens, v. Requêtes, 23 novembre 1898, Dalloz, 1899, 1, 37. Un autre arrêt dans la production jurisprudentielle qui a été étudiée pour ce travail est relatif à la matière, il ne nous est pas plus défavorable. V. Bruxelles, 12 juin 1896, Cass. belge, 23 mars 1897, Dalloz, 1898, 2, 79. Il s'agissait de savoir si la servitude de prise de vent pour actionner un moulin à vent est susceptible d'être établie par destination du père de famille et spécialement si on peut lui reconnaître le caractère de continuité. Les deux Cours belges répondirent par l'affirmative, « parce que l'exercice de la dite servitude n'impliquait pas le fait actuel de l'homme et parce que le fait de celui-ci peut intervenir pour créer ou rétablir les choses de façon à permettre à la servitude de s'exercer sans intervention ultérieure ». La charge imposée au fonds servant était assez sérieuse en l'espèce ; il s'agissait de laisser en pan coupé la toi-

ture du bâtiment voisin du moulin, de manière à ne pas empiéter sur la circonférence décrite par les ailes dans leur mouvement de rotation ; ainsi la servitude de prise d'air entraînait prohibition de bâtir. Il est à remarquer que, là encore, la nécessité du fait de l'homme pour mettre le moulin en état de profiter de la force du vent ne diminue en rien la signification attachée à l'état des lieux ; il suffit, en effet, pour que le propriétaire du fonds servant se fasse une idée exacte de la charge à supporter, qu'il connaisse exactement les précautions qui devront être prises dans la construction de son bâtiment pour ne pas gêner la rotation des ailes du moulin et il importe peu de savoir si le propriétaire du fonds dominant profitera de tous les vents favorables pour mettre son moulin en état de fonctionner. Suivant les expressions de la Cour de Douai déjà citées, la disposition des lieux écarte toute équivoque. Il n'est donc pas douteux que la condition de continuité est une exigence de preuve et que la force de signification n'est pas diminuée lorsque la continuité est dite imparfaite à raison de la nécessité d'une intervention initiale.

Il a été ainsi démontré comment la continuité d'une servitude rend le signe de servitude plus caractéristique ; il est, par suite, tout naturel, lorsque cette continuité manque, de compléter la preuve d'une autre manière. Cela a lieu par la présentation de l'acte de séparation, par la preuve qu'il ne contient

aucune clause contraire à la servitude, et ainsi j'en arrive à l'étude de la condition spéciale à l'art. 694 : le silence de l'acte.

Section IV

Condition spéciale à l'article 694.

§ unique. — *La neutralité bienveillante de l'acte de séparation.*

A. NÉCESSITÉ DE PROUVER LE SILENCE DE L'ACTE. — Un grand nombre d'arrêts décident que celui qui veut invoquer le bénéfice de l'art. 694 doit prouver que l'acte de séparation ne contient aucune clause contraire à l'existence de la servitude. V. notamment, Paris, 15 mai 1862, et Fontainebleau, 7 février 1861, Dalloz, 1862, 2, 411. Celui qui réclame la servitude prévue par l'art. 694 « doit prouver, en représentant son titre, qu'il ne s'y trouve rien de contraire à l'exercice de cette servitude ».

Dans le même sens, v. Requêtes, 10 décembre 1866, Dalloz, 1867, 1, 498. « L'application de l'art. 694 suppose que le contrat ne contient aucune stipulation relative à cette servitude. »

La même Chambre des Requêtes, 2 mai 1876, Dalloz, 1878, 1, 63, déclare avec beaucoup de précision « que l'art. 694, plus exigeant pour la servitude simplement apparente, ne l'admet activement ou passivement après la division des héritages qu'autant que l'acte qui a opéré la division ne contient pas de stipulation contraire ».

La même solution est donnée par la même Chambre, 8 novembre 1886, Dalloz, 1887, 1, 388, à propos d'une servitude d'évier qui est incontestablement une servitude discontinue et le 6 décembre 1898, Dalloz, 1899, 1, 87, à propos d'une servitude de passage : « Attendu qu'aux termes de l'art. 694 la preuve d'une servitude de passage établie par destination du père de famille résulte, dans le silence de l'acte qui a opéré la séparation des deux héritages, de l'existence d'un signe apparent de cette servitude. »

Tout récemment, le tribunal de Valenciennes, 3 mars 1904, Dalloz, 1906, 5, 72, a décidé que l'établissement sur un fonds d'un chemin de fer Decauville ne pouvant être considéré que comme une servitude discontinue, cette servitude « continuait d'exister après la division des héritages dans le cas seulement où le contrat ne contenait aucune convention qui y soit relative ».

Il semble donc établi : 1° que le législateur a entendu exiger pour l'établissement des servitudes discontinues par destination du père de famille la preuve du silence

de l'acte et 2° que cette exigence est relative aux seules servitudes discontinues.

Cette double vérité ne pouvait guère d'ailleurs être contestée, soit que l'on considère les termes très précis de l'art. 694 qui organise une preuve supplémentaire dans le cas où la servitude n'est qu'apparente, soit que l'on s'arrête à cette solution rationnelle que la nécessité d'une preuve supplémentaire peut et doit se faire sentir dans le cas seulement où il manque un élément ordinaire de conviction : la continuité.

B. FORCE PROBANTE DU SILENCE DE L'ACTE. — Il a été établi pourquoi et comment le signe apparent, permanent, caractéristique d'un service continu, existant entre deux fonds au moment de leur séparation, conduisait à la probabilité suffisamment sérieuse que le père de famille et ses ayants cause avaient voulu, par leur accord tacite, transformer ce service foncier en servitude. En outre, il résulte des précédents développements que l'absence de continuité prive la démonstration d'un élément très appréciable et qu'ainsi il convient, en présence d'un service discontinu, de compléter d'un côté ce qui manque à la preuve de l'autre. L'article 694, plus exigeant que les deux précédents, parce qu'il vise uniquement le cas où le service est discontinu, exige la présentation du titre de séparation. Une difficulté sérieuse s'élève lorsqu'il s'agit d'expliquer de quelle manière la présentation de l'acte écrit

renforce la conviction et complète la preuve commencée.

En premier lieu, il est certain que la nécessité du silence de l'acte n'est pas spéciale au cas où la servitude est discontinuée ; car, d'une façon générale, le fonctionnement de la destination du père de famille ne peut être admis que si les parties ont omis de s'expliquer sur le sort du service foncier ; dans le cas contraire, le motif de l'extinction ou de la survivance de ce service devrait être cherché dans l'expression de la volonté des parties et non pas dans l'accord tacite que supposent les art. 692, 693, 694.

En second lieu, le silence du père de famille et des ayants cause doit être établi aussi bien dans l'hypothèse de l'art. 693 que dans l'hypothèse de l'art. 694, mais dans le premier cas, la preuve résulte suffisamment de la disposition des lieux et de la participation des intéressés à l'opération juridique qui a amené la séparation des héritages ; dans le second cas, à raison de l'équivoque que la discontinuité rend possible, il faut que la preuve de ce silence se fasse de la façon la plus significative et, ainsi, en exigeant de celui qui veut se prévaloir de la servitude, la présentation du titre de séparation, on en arrive à établir que les intéressés se sont tus à un moment et dans un acte où il était naturel de faire des réserves, à tel point que leur silence ne peut raisonnablement s'expliquer que par le souci d'acceptation de l'état de choses existant. Par suite, l'originalité de

l'art. 694 consiste à exiger la preuve du silence des parties dans des circonstances telles que ce silence est très significatif et qu'on ne pourrait pas l'expliquer autrement que par une acceptation. Il ne faut donc pas voir dans cette exigence la nécessité de prouver autre chose que ce qu'exige l'art. 693, les deux textes supposent la preuve de ce même fait, tous les deux se préoccupent d'en tirer la même signification favorable au maintien de la servitude ; mais tandis que l'art. 693 recherche cette signification favorable dans l'état des lieux, dans la connaissance très précise qu'avaient les parties de la charge foncière, l'art. 694 la cherche dans les raisons impérieuses que les parties avaient de s'expliquer à un moment et dans un acte où il eût été tout naturel de faire des réserves si la servitude n'avait pas été acceptée.

Ainsi l'art. 693 dit : le silence des intéressés est significatif parce que la charge était bien connue et qu'il est naturel de protester contre une charge que l'on refuse et que l'on connaît bien ; l'art. 694 dit : le silence est significatif parce qu'il est naturel de parler quand le moment est venu de faire des réserves et qu'on y est spécialement invité par les circonstances, de même que le silence d'une personne est plus significatif quand on l'interroge que quand on ne lui demande rien.

Sans doute, dans l'hypothèse d'un service continu, les parties peuvent avoir été invitées par les mêmes circonstances à faire des réserves ; aussi bien la diffé-

rence qui sépare les deux textes n'est pas une différence de fond, mais de preuve ; dans le premier cas, la preuve de ces circonstances n'est pas nécessaire ; dans le second cas, on l'exige, là est toute la différence.

A mon sens donc, il faudra voir dans la présentation du titre qu'exige l'art. 694 le moyen de donner au silence des parties la signification que lui enlève la discontinuité du service et ainsi attribuer à cet élément de démonstration la même force probante qu'à la continuité. Cette conception très défendable rationnellement aura la très grande importance pratique de réaliser la conciliation de l'art. 693 et de l'art. 694. Il faudra, par suite, conclure que cette présentation d'un acte écrit destinée à suppléer à la continuité jouera dans la preuve de l'accord le même rôle que cette condition et on sera ainsi amené à voir dans l'exigence de l'article 694 le souci de compléter la preuve qui résulte déjà de la réunion des autres conditions de la destination du père de famille. Cette production d'acte sera donc un complément de preuve, un renforcement de conviction, un achèvement de démonstration.

Mais alors, il est incontestable que l'on doit lui refuser le caractère de commencement de preuve par écrit. J'estime, en effet, que de nombreux arguments militent à l'encontre de cette conception.

En premier lieu, si l'on attribue à la neutralité bienveillante de l'acte de séparation, la valeur d'un com-

mencement de preuve par écrit, et si l'on considère les indications qui se dégagent de la disposition des lieux comme de simples présomptions destinées à compléter, à confirmer cette preuve provisoire, l'art. 694 deviendra, dans ce système, une application du droit commun, ce qui est inacceptable, d'abord parce qu'on ne comprendrait pas sa raison d'être s'il n'avait pas d'autre but que de consacrer une solution ordinaire, ensuite, parce qu'il serait contradictoire de voir dans ce texte l'application des règles de la destination du père de famille, d'une part, comme cela a été démontré dans ma section première, paragraphe premier, et, d'autre part, d'en faire une réglementation normale de la preuve des servitudes ; enfin parce que, rationnellement, on ne pourrait pas expliquer que la seule absence de continuité engendre une différence aussi notable dans l'administration de la preuve.

En second lieu, le commencement de preuve par écrit est une preuve initiale provisoire qui prépare la preuve complète qui ouvre la porte aux témoignages ou aux présomptions. Or, ce n'est pas là le rôle de la présentation de l'acte de séparation dont le but est bien plutôt de parfaire, d'achever la démonstration, tout comme la condition de continuité qu'elle remplace.

En troisième lieu, dans les manifestations jurisprudentielles qui se rapportent à la matière, je trouve beaucoup d'arrêts en faveur de ma conception, je n'en

trouve qu'un seul qui semble la contrarier. V. Paris 15 mai 1862, Dalloz, 1862, 2, 111, *in fine*, tandis qu'il y en a un certain nombre à l'encontre du système du commencement de preuve par écrit.

V. notamment comme étant favorable à ma thèse, Requêtes, 2 juillet 1879. Dalloz, 1880, 1, 119.

Deux frères achètent en commun deux maisons séparées par une allée desservant un jardin situé sur le derrière des maisons ; après partage et ventes successives, un conflit s'élève entre les acquéreurs des immeubles, celui de droite prétendant avoir droit au passage dans l'allée, et celui de gauche le lui refusant. Le propriétaire de droite exhiba devant le tribunal un acte de vente dans lequel on lui octroyait le droit de passage ; il estimait, bien que cet acte ne fût pas opposable au propriétaire de gauche, qu'il avait la valeur d'un commencement de preuve par écrit, et, pour cette raison, il demandait au tribunal de l'autoriser à faire la preuve par témoins, que toujours les propriétaires successifs de l'immeuble de droit avaient passé par l'allée litigieuse ; cette thèse fut admise par le tribunal et consacrée sur appel par la Cour ; il y eut pourvoi pour violation des articles 691, 692 et 694, en ce que l'arrêt attaqué déclare acquise par la destination du père de famille, une servitude en dehors des cas prévus par la loi.

Arrêt :

La Cour, « attendu que si, aux termes de l'art. 691,

les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre, ces principes reçoivent exception quand il existe un commencement de preuve par écrit ou lorsque le titre a été détruit par force majeure ;

« Attendu que l'arrêt attaqué visant l'acte de cession sus énoncé a constaté que la présomption résultant du commencement de preuve par écrit avait été confirmée par l'enquête et a induit de ces circonstances réunies l'existence de la servitude contestée ;

« Attendu que cette décision, loin de violer les articles 691, 692, 694, contient au contraire une juste application de l'art. 1347 ;

« Par ces motifs, Rejette. »

En l'espèce, la preuve de la servitude fut faite au moyen d'un commencement de preuve par écrit complété par la preuve testimoniale. Le pourvoi attaqua l'arrêt, parce qu'il estima que les juges du fond avaient admis à tort l'application de l'art. 694 en dehors des cas prévus par la loi. Bien que la Cour suprême ait rejeté ce pourvoi, il ne faut pas voir dans son arrêt le souci d'étendre le fonctionnement de la destination du père de famille, au cas où la servitude s'établit par un commencement de preuve par écrit ; au contraire, l'arrêt attaqué a été maintenu « parce qu'il ne violait ni l'art. 691 ni les art. 692 et 694 et qu'il contenait la juste application de l'art. 1347 ». Qu'est-ce à dire ? Il

est facile d'apercevoir le sens de ces expressions. En premier lieu, l'art. 691 n'est pas violé, parce qu'il se réfère à la preuve par titre d'une servitude continue et non apparente, ou apparente et discontinue.

En second lieu, les art. 692, 694 n'ont rien à voir en l'espèce puisque, au contraire, il s'agit d'appliquer le droit commun représenté par l'article 1347. On ne saurait en effet prétendre appliquer en même temps les articles 692, 694 et l'art. 1347 ; car on ne s'expliquerait pas que le législateur ait consacré trois textes spéciaux à tirer une conséquence du droit commun représenté par l'article 1347 ou à en signaler une application à la preuve des servitudes. Et si l'on admet que ces textes ne se complètent pas et ne vont pas ensemble, on est bien obligé de décider que l'art. 691 réglemente un mode de preuve, les articles 692, 693, 694 un second et l'art. 1347 un troisième : dans le premier cas il s'agit de la preuve par titre, dans le troisième de la preuve par commencement de preuve par écrit et témoignages complémentaires, dans le second cas, par suite, il s'agira d'une preuve distincte des premières, d'une preuve originale, c'est la preuve déplacement.

Voyez encore comme arrêt très affirmatif en faveur de ma thèse, Requêtes, 22 août 1882. Dalloz, 1883, 1, 467.

« Attendu que, pour l'application de l'art. 694, il n'est pas interdit aux juges du fond dans l'interpréta-

tion des actes qui leur sont soumis de tenir compte des circonstances extrinsèques et de l'exécution donnée à ces actes afin de s'éclairer sur l'intention réelle des parties contractantes ;

« Attendu que la Cour d'Angers a consulté les actes de vente postérieurs à l'acte de partage, et qu'en induisant des termes de cet acte et de la manière dont il avait été exécuté, que les co-partageants n'avaient pas entendu établir une servitude, elle n'a fait qu'un usage régulier de son pouvoir souverain d'appréciation ; par ces motifs, rejette. » Il résulte de cette intéressante décision, que, suivant la thèse soutenue ci-dessus, les juges du fond doivent rechercher les circonstances qui donnent au silence des parties toute sa signification et que, spécialement, ils peuvent trouver ces circonstances en dehors de l'acte de séparation des héritages, en sorte que cette dernière interprétation est, peut-on dire, une exagération, d'ailleurs très acceptable à mon sens, du système du déplacement de la preuve. En l'espèce donc, l'application de l'art. 694 n'a pas été subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, puisqu'on a vu dans la manière dont l'acte postérieur avait été exécuté le renforcement suffisant de la conviction commencée.

Dans le même sens, il a été jugé qu'il ne suffit pas que l'acte de séparation ne contienne aucune convention relative à la servitude et que le silence même de l'acte peut être considéré comme hostile lorsque l'énu-

mération des droits d'un lot vaut négation d'un droit d'accès pour ce lot. V. Requêtes, 27 avril 1887, Dalloz, 1888, 1, 364.

De même la Cour d'Amiens, 25 novembre 1897, Dalloz, 1901, 1, 361, a vu dans le silence de l'acte une reconnaissance de précarité à l'égard de tuyaux servant à la décharge d'un étang dans la propriété voisine, parce que, à raison des circonstances antérieures (permission accordée pour établir des tuyaux en terre cuite, ce qui n'eût pas été nécessaire si le droit de décharge au moyen de conduites en maçonnerie avait existé) il y avait lieu de ne pas attribuer à cette neutralité de l'acte sa signification ordinaire de bienveillance.

A la vérité, on pourrait voir dans un arrêt de la Cour de Paris, 15 mai 1862, Dalloz, 1862, 2, 111 *in fine*, un argument à l'encontre de ma thèse et en faveur de l'idée de nécessité d'un commencement de preuve par écrit.

« Attendu, dit la Cour, qu'en exigeant la présentation du titre, l'art. 694 se conforme à l'esprit de l'art. 691 qui déclare que les servitudes non apparentes et les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre. »

Il faudrait ainsi voir dans l'art. 694 un reflet de la sévérité de l'art. 691, mais rien dans l'arrêt cité ne prouve que cette sévérité de la preuve réside dans l'exigence d'un commencement de preuve par écrit : il se

peut parfaitement que l'on ait attaché la force probante du titre aux circonstances de l'art. 694 qui rendent plus significatif le silence des parties, tout comme on a attaché cette force de démonstration aux circonstances de l'art. 692 et de l'art. 693. « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. »

Il en est d'autant plus ainsi que l'art. 694 applique les règles de la destination du père de famille, comme cela a été démontré dans le paragraphe 1^{er} de ma section 1^{re} (deuxième partie).

C. COMPÉTENCE DES JUGES DU FOND. — Je crois avoir ainsi terminé l'étude de la condition spéciale à l'art. 694 : le silence de l'acte ; il me suffira d'ajouter que les juges du fond apprécient souverainement la neutralité bienveillante de cet acte, car il s'agit d'une interprétation de titre ou de circonstances qui ne peut pas échapper à leur pouvoir discrétionnaire ; cela d'ailleurs n'est pas contesté.

Cependant ces juges du fait encourraient la censure de la Cour suprême si, dans cette interprétation, ils en arrivaient « à dénaturer les clauses » de l'acte, ce qui est d'ailleurs conforme au droit commun. V. Requêtes, 27 avril 1887, Dalloz, 1888, 1, 364, ou encore s'ils admettaient l'application de l'art. 694 sans avoir au préalable constaté la neutralité bienveillante de l'acte de séparation : la loi, en effet, ayant déterminé les

moyens dont le juge doit user pour se faire une conviction, il ne serait pas acceptable que les juges du fond puissent, dans une question qui est en somme une question d'admissibilité de la preuve, décider à leur aise, s'ils peuvent ou non se passer du moyen de démonstration mis à leur portée par l'art. 694. V. en ce sens Cass. civ., 13 juillet 1885, Dalloz, 1886, 1, 316.

« Attendu qu'en décidant, en l'absence de la justification indispensable de l'acte de partage, que Guerre avait droit à la servitude dans les limites par lui fixées, l'arrêt attaqué (Limoges, 8 mai 1883) a violé la disposition de l'art. 694 ». Par ces motifs, casse.

Ainsi se termine l'exposition de mon système. Je crois, en résumé, que si l'on veut dégager la vraie nature de la destination du père de famille, il y a lieu de distinguer entre le mode de constitution et le mode de preuve de la servitude et que si l'on veut réaliser l'heureuse conciliation de l'art. 693 et de l'art. 694, il faut chercher la différence dans le mécanisme de la preuve qui varie nécessairement suivant que la servitude est continue ou discontinue.

J'en arrive maintenant à l'étude des systèmes qui ont cherché ailleurs cette conciliation des deux textes ; j'espère que leur réfutation fera disparaître les dernières difficultés qui pourraient subsister encore.

Section V

Les systèmes. — Leur réfutation.

§ 1. — *Système de l'indépendance absolue de l'article 694.*

Ce système qui a été soutenu par MM. Duranton, tome V, n^{os} 569, 573, Pardessus, n^{os} 288 et 300, Solon, Servitudes, n^o 389, estime qu'il n'y a aucun rapport entre l'art. 693 et l'art. 694 et que ce dernier texte prévoit et réglemente un mode tout à fait spécial d'établissement des Servitudes, en sorte que la communauté d'origine et la mise en état des lieux ne seraient pas nécessaires à son application ; il suffirait que « dans le silence de l'acte de séparation, il existe un signe apparent de servitude ». La jurisprudence qui a pu autoriser une pareille conception est assez maigre et on n'en trouve plus aucune manifestation sérieuse et significative après 1850. V. Toulouse, 21 juillet 1836, Sirey, 1837, 2, 156, 157.

« Attendu que l'art. 694 ne soumet celui qui veut se prévaloir du droit qu'il constitue qu'à une seule justification : l'existence d'un signe apparent de la servitude

réclamée, etc. ». V. aussi Requêtes, 26 avril 1837, Si-rey, 1837, 1, 919.

« Le sens de l'art. 694 est clair et statue pour un autre cas que ceux prévus par les articles 692 et 693 qui le précèdent; il n'est point nécessaire de recourir à ceux-ci pour en connaître et fixer l'interprétation; il résulte sans équivoque du dit art. 694 que, dans le cas qu'il prévoit, la servitude est maintenue par cela seul qu'elle est manifestée par un signe apparent ». V. surtout Limoges, 4 août 1840. *Journal des audiences*, 1841, 2, 89.

« L'art. 694 établit un droit positif, différent de celui dont parlent les articles 692 et 693; en effet, ces deux articles exigent, pour qu'on puisse invoquer la destination du père de famille, que les deux héritages ayant appartenu au même propriétaire aient été mis par lui dans l'état d'où résulte la servitude et que la servitude soit continue et apparente; mais il n'en est pas ainsi des cas prévus par l'art. 694 qui demande seulement une chose, savoir, qu'il existe un signe apparent de servitude. »

Je ne crois pas que ce système puisse encore être soutenu avec quelque chance de succès, car, d'une part, comme cela a été étudié dans le paragraphe 1^{er} de la 2^e partie, la différence qui sépare l'art. 693 de l'art. 694 n'est pas aussi radicale, puisque ce dernier texte applique tout comme le précédent des règles de la destination du père de famille et suppose, par suite, la communauté

d'origine, la mise en état des lieux ; d'autre part, le système que nous combattons ne tient aucun compte des termes de l'art. 694 ; on lit en effet : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude dispose de l'un d'eux, etc. » ; c'est bien que les deux fonds aujourd'hui divisés ont appartenu à un même maître et que l'état de choses dont le signe apparent est la manifestation existait avant la séparation de ces héritages ; au reste, les arrêts postérieurs à 1850 qui ont repris certaines expressions de la jurisprudence abandonnée, ne permettent aucune illusion. V. notamment Chambre civile, 22 avril 1873, Dalloz, 1873, 1, 428, qui, tout en décidant que l'art. 694 ne se réfère pas au précédent, qu'il a une existence propre, et qu'il n'exige pour le maintien de la servitude qu'un signe apparent, décide en même temps qu'à bon droit l'arrêt attaqué a constaté souverainement l'origine commune, l'existence de l'arrangement au moment de la séparation, ainsi que le silence de l'acte.

Dans le même sens un arrêt récent, Requêtes, 3 décembre 1901, Dalloz, 1902, 1, 167, est encore plus affirmatif : « Attendu, en droit, que l'art. 694 ne se réfère pas au précédent et qu'il a une existence propre, qu'il n'exige pour le maintien de la servitude que deux conditions, à savoir qu'au moment où le propriétaire de deux héritages dispose de l'un d'eux, il existe un signe apparent de servitude, le fait seul de l'existence de ce signe faisant présumer qu'il a été créé ou maintenu par

l'auteur commun en vue de cette servitude et que le contrat ne contienne aucune convention contraire à la dite servitude. Par ces motifs, Rejette... »

C'est ainsi que l'indépendance de l'art. 694 n'implique aucunement que l'application de ce texte puisse avoir lieu sans la communauté d'origine et l'arrangement du maître commun ; il serait d'ailleurs contraire à toute vraisemblance que deux textes qui se suivent immédiatement fassent allusion à des modes absolument distincts d'établissement de servitudes.

Aussi bien la doctrine de M. Duranton est aujourd'hui universellement abandonnée.

§ 2. — *Deuxième système. Système qui estime que l'art. 694 s'applique aux servitudes continues aussi bien que discontinues.*

Un nombre assez considérable d'arrêts ont posé le principe qui a servi de base à ce système. V. notamment Cass. civ., 17 décembre 1847, Dalloz, 1847, 1, 376 : « L'art. 694 s'applique aux servitudes discontinues dont il existe un signe apparent comme aux servitudes continues » ; de même la Cour de Paris, 7 décembre 1850, Dalloz, 1854, 5, 703, a décidé que cet art. 694 s'applique aux servitudes de passage aussi bien qu'aux servitudes continues et apparentes.

Dans le même sens, V. Cour de Pau, 9 février 1883, Dalloz, 1886, 2, 73 ; Requêtes, 19 juin 1893. Dalloz, 1893, 1, 526. Requêtes, 30 octobre 1894. Dalloz, 1895, 1, 63. Cette jurisprudence admet avec nous que la communauté d'origine, la mise en état des lieux et l'apparence sont des conditions communes aux trois articles 692, 693, 694, mais elle refuse à tort, à mon sens, de considérer la continuité comme une condition spéciale aux art. 692 et 693 ; la preuve de la fausseté de cette conception résultera soit des explications que l'exposé de mon système m'a déjà obligé à fournir, soit de la réfutation du système que cette jurisprudence a inspiré sans d'ailleurs le consacrer directement.

D'après ce système l'art. 694 n'aurait pas d'autre but que de corriger l'art. 692, en sorte que la destination du père de famille s'appliquerait en tous cas et sans aucune distinction aux servitudes continues comme aux servitudes discontinues. V. Delaporte et Riffé, Pandectes françaises, tome V, page 492, Taulier, tome II, page 450.

Ce système a le grave défaut de constater sans l'expliquer la contradiction qui existe entre les art. 692, 693 et 694 ; dans le premier, le législateur a parlé des servitudes continues et apparentes ; dans le dernier, il n'a parlé que de la condition d'apparence ; l'explication de cette antinomie par l'idée que l'art. 694 aurait pour but de corriger l'art. 692 est tout à fait inacceptable, car on ne peut pas admettre que le législateur

se soit contredit dans deux textes aussi voisins ; au reste, cette doctrine n'a pas été suivie, elle n'est plus soutenue par personne, et je n'ai trouvé dans mon étude de jurisprudence aucun arrêt qui la consacre directement.

§ 3. — *Troisième système. Système de la disposition par le maître commun.*

La différence qui sépare l'art. 693 de l'art. 694 résiderait dans la distinction des modes de séparation des héritages. L'art. 694 s'appliquerait aux servitudes discontinues, mais dans le cas seulement où la séparation résulterait d'un acte de disposition proprement dit du maître commun.

V. Toulouse, 11 août 1854, Dalloz, 1856, 2, 119 :

« L'art. 694 entend que le propriétaire des deux héritage ait disposé de l'un d'eux à titre d'aliénation. »
V. Metz, 3 juin 1858, Dalloz, 1859, 2, 16 : « L'art. 694 a consacré une exception à l'art. 692 ; cette exception doit être restreinte au cas qui présente les conditions de fait indiquées par cet article : il faut notamment que ce soit le père de famille lui-même qui, en conservant l'un des héritages, ait aliéné l'autre à titre onéreux ou gratuit ; on comprend que dans ce cas la volonté du père de famille peut être considérée comme certaine, bien que

la servitude soit discontinue ; au contraire, cette même volonté est douteuse quand le propriétaire des deux héritages meurt sans s'être expliqué directement ni indirectement ; pendant sa vie il n'y a pas eu de servitude proprement dite en vertu du principe *Nemini res sua servit* ; après son décès, on ne sait pas s'il a voulu seulement créer pour sa convenance personnelle un état de choses transitoire ; d'autre part, les co-partageants ne sont pas respectivement entre eux des co-vendeurs, chacun d'eux est censé avoir succédé seul à son lot ; aucun d'eux ne peut être considéré comme propriétaire de l'ensemble des héritages, ni comme disposant d'une partie de ces héritages ; ainsi les co-partageants ne tombent pas sous le coup de l'exception de l'art. 694. »

Dans le même sens v. Cour de Caen, 13 novembre 1836, Sirey, 1837, 2, 187, qui estime qu'il existe en effet une différence « entre la position des co-partageants qui stipulent réciproquement et un acheteur et son vendeur contre lequel on interprète tout ce qui est obscur ». V. encore Bordeaux, 13 mars 1856, Dalloz, 1856, 2, 207. Paris, 15 mai 1862, Dalloz, 1862, 2, 111. Tribunal de Barbezieux, 31 décembre 18861, Dalloz, 1863, 1, 415.

La doctrine que ces arrêts consacrent a été soutenue par Merlin, répertoire, v. Servitudes, § 19. Sacaze, *Revue de législation*, tome III, page 247.

Je ne crois pas que cette doctrine soit acceptable ;

sans doute elle est séduisante par la distinction ingénieuse qui la caractérise, mais elle se heurte à des objections capitales. En premier lieu, les partisans de ce système se basent sur ce que les coutumes distinguaient le partage des actes de disposition et admettaient, dans le premier cas seulement, la destination du père de famille ; il est vraisemblable, ajoutent-ils, que le Code a entendu maintenir cette différence, puisqu'il parle de la destination du père de famille quand il y a continuité et apparence, ce qui se réfère au cas de partage, tandis que dans le cas de servitudes simplement apparentes, il emploie le mot « dispose » qui est tout à fait significatif.

Sans doute, il est exact que la destination du père de famille est une institution traditionnelle et qu'on doit lui reconnaître le caractère et la nature juridique qu'elle avait dans l'ancien droit français ; mais, d'une part, il n'est pas sûr que la distinction sur laquelle s'appuient les partisans du troisième système aient eu dans notre ancien droit l'importance que ces auteurs lui accordent, car Pothier, dans une note sur l'art. 228 de la coutume d'Orléans, admettait le fonctionnement de la destination du père de famille dans le cas d'aliénation comme dans celui de partage, et, d'autre part, la différence de l'ancien droit, si on admet qu'elle existait, n'est pas du tout reproduite par la troisième interprétation qui, selon nous, en prend le contre-pied ; en effet, dans certaines coutumes la destination du père de famille était admise

pour le cas de partage seulement, c'est-à-dire que l'ancien droit français se montrait moins sévère dans le cas de stipulation réciproque entre « parsonniers » que dans celui où il y avait aliénation ; par suite, il est impossible de concilier cette règle avec cette idée que le code admet la destination du père de famille en cas d'aliénation (où il n'exige que l'apparence) plus facilement qu'en cas de partage, où il exige à la fois la continuité et l'apparence.

En second lieu, l'argument tiré de l'arrêt de la Cour de Caen qui signale une différence entre la position des co-partageants et un acheteur et son vendeur, « contre lequel on interprète tout ce qui est obscur », perd toute valeur si l'on réfléchit que l'art. 694 prévoit une constitution de servitude aussi bien à la charge qu'en faveur du fonds aliéné, en sorte que le vendeur peut être propriétaire dominant aussi bien que propriétaire servant.

En troisième lieu, si l'on admet avec la Cour de Caen, 15 novembre 1836, et la Chambre des Requêtes, 19 juin 1893, D. 1893, 1, 526, que les dispositions de l'art. 694 ne sont pas seulement relatives aux servitudes discontinues, mais s'appliquent aussi aux servitudes continues, on cesse de comprendre comment l'arrêt de la Cour de Metz, déjà cité, peut exiger pour l'application de l'art. 694 l'énergie de la signification attachée à la disposition du propriétaire lui-même ; en effet, en supposant que l'on puisse voir dans ce fait une augmen-

tation de force probante, ce supplément de preuve ne peut se comprendre qu'en l'absence d'un élément de démonstration : la continuité ; en outre, comment s'expliquer, en partant du même principe, que la présentation de l'acte de séparation soit précisément nécessaire dans le cas où le maître commun, en agissant lui-même, a pu donner à sa volonté la forme la moins douteuse ; au reste, il n'est pas du tout établi que le consentement de ceux qui ont voulu la constitution de servitude soit moins éclairé en cas de partage qu'en cas d'aliénation.

V. notamment Requêtes, 7 avril 1863, Dalloz, 1863, 1, 413. « L'article 694 est fondé sur une présomption de consentement tiré du silence des parties ; cette présomption s'applique au cas de partage et elle est plus forte dans ce cas à cause des opérations préparatoires. »

Absolument dans le même sens, V. Requêtes, 27 mars 1866, Dalloz, 1866, 1, 339, v. surtout Fontainebleau, 7 février 1861, Dalloz, 1862, 2, 111. « Si l'art. 694 se sert de l'expression dispose, on doit néanmoins l'étendre au partage, car les co-partageants étant tenus entre eux de la garantie disposent réciproquement les uns à l'égard des autres, malgré la fiction de l'art. 883 qui ne doit produire d'effet qu'en ce qui concerne les rapports des héritiers avec les tiers » ; d'ailleurs, « dans le cas de partage l'estimation des experts et la connaissance des parties démontrent d'une manière d'autant plus certaine que leur consentement a été éclairé ». Pour toutes

ces raisons, même si l'on admet, à l'encontre de la Cour de Caen, que l'art. 694 s'applique seulement aux servitudes discontinues, la distinction des modes de séparation des héritages pour la conciliation des art. 692, 693 et 694 est illogique parce que on en arrive, comme la Cour de Metz le reconnaît d'ailleurs implicitement, à exiger la présentation de l'acte de séparation, c'est-à-dire un supplément de preuve précisément dans l'hypothèse où les partisans du troisième système attachent à la disposition du maître une valeur particulièrement significative.

§ 4. — *Quatrième système. Système de la servitude préexistante.*

Ce système a été soutenu par Zacharié, tome II, § 337, Marcadé, *Revue critique*, tome II, page 73 et surtout par M. Planiol, *Manuel élémentaire de droit civil*, tome I, n° 2963 ; cet auteur estime que la conciliation des art. 692, 693 et 694 doit se faire au moyen de la distinction suivante :

« L'art. 692 s'occupe de la création d'une servitude nouvelle par destination du père de famille ; la servitude n'a jamais existé auparavant et elle se reproduit d'abord à l'état de fait avant de naître comme servitude

lors de la séparation des deux fonds. L'art. 694 s'occupe du cas où une servitude établie par un procédé quelconque existait précédemment entre deux héritages qui ont été un jour réunis dans les mêmes mains, la servitude s'est alors éteinte par confusion, et il s'agit de savoir à quelles conditions elle revivra lorsque les deux fonds viendront à être de nouveau séparés; elle continue d'exister, dit le texte, ce qui est une expression très exacte, on verra que la confusion n'apporte qu'un obstacle temporaire à l'exercice de la servitude et ne l'éteint pas véritablement. La loi se contente d'un signe apparent de servitude, c'est-à-dire d'un indice qui annonce l'intention de maintenir l'état de choses antérieur; la loi est donc plus facile pour maintenir la servitude que pour la créer; elle n'exige pas la condition de continuité, c'est de cette façon que le tribun Albisson a expliqué l'art. 694 dans son rapport au Tribunat ».

En ce sens, v. Lyon, 11 juin 1831, Sirey, 1832, 2, 123. « L'art. 694 n'a pas pour objet un nouveau mode d'instituer les servitudes; cet article a eu seulement pour but de prévoir le cas où le propriétaire de deux héritages, dont l'un, avant la réunion dans sa main, devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre sans qu'il soit fait mention de la servitude dans l'acte d'aliénation. »

V. aussi Requêtes, 24 février 1840, Sirey, 1840, 1, 98. V. surtout Cass. belge, 29 juin 1905, Pandectes françaises, 1909, 4, 4. « Dans ce cas, la servitude qui, existant avant

la réunion des héritages, s'est éteinte par confusion à la suite de cette réunion, revit par la cessation de la confusion à la suite de l'acte de disposition lorsque l'existence du signe apparent donne lieu de penser, dans le silence de l'acte de disposition, que la volonté des parties a été de conserver l'ancien état de choses. » M. le premier avocat général Terlinden, dont les conclusions furent acceptées, disait : « Vous l'avez bien entendu : la servitude continue d'exister ! pouvait-on exprimer plus clairement que l'art. 694 ne prévoit pas la création d'une servitude, qu'il vise une servitude préexistante, quelle qu'en soit la nature, et qu'il suppose le cas où une servitude légalement née d'une façon quelconque s'est un jour trouvée suspendue par la réunion des fonds. »

Malgré le prestige des noms qui s'attachent à cette doctrine, ce quatrième système ne me semble pas plus que les précédents réaliser la conciliation des art. 692, 693 et 694 ; en premier lieu, il me paraît directement contraire à l'art. 705 du C. civ. de décider qu'après la réunion de deux fonds entre lesquels il existait une servitude, cette servitude se trouvera suspendue et vivra par suite de la séparation ; je crois, en effet, que, lorsqu'une servitude s'est éteinte par confusion, elle ne peut revivre que par une constitution nouvelle qui suppose évidemment les mêmes éléments d'existence que si la servitude n'avait jamais existé auparavant ; ce premier argument qui va à l'encontre de la qua-

trième interprétation est excellemment présenté par un arrêt de la Chambre civile, 8 juin 1842, Sirey, 1842, 1, 609 : « Des expressions (continue d'exister) employées par l'art. 694, on cherche en vain à induire qu'il suppose la préexistence de la servitude, car cette argumentation ne saurait se concilier avec la disposition de l'art. 705 qui porte que toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main. »

En second lieu, il est facile de s'expliquer tout autrement le sens de ces expressions : « continue d'exister » ; elles sont imputables à une inexactitude de langage commise par le législateur ; on a voulu, en effet, exprimer que l'état de choses créé ou maintenu par le maître commun, c'est-à-dire la destination du père de famille (au sens étymologique du mot) se perpétuait après la séparation des fonds ; mais on n'a pas pris garde que cette relation de dépendance entre les deux héritages prenait, par le fait de leur séparation, des caractères juridiques particuliers et que, en vertu de l'adage *Nemini res sua servit*, la servitude ne pouvait être avant la séparation qu'un simple service foncier.

Je crois j'avoir suffisamment, dans ma première partie, expliqué comment de nombreuses manifestations jurisprudentielles ont admis cette transformation du service foncier en servitude et ont interprété en ce sens les termes ambigus de l'art. 694. Je ne reviendrai donc pas sur l'examen de ces décisions. Il en est

d'autant plus ainsi que certains arrêts qui parlent de « maintien de servitude » emploient ces expressions aussi bien dans l'hypothèse de l'article 692 que dans l'hypothèse de l'art. 694 et ne songent par suite aucunement à faire allusion à une servitude préexistante. V. notamment, Requêtes, 28 décembre 1875, Dalloz, 1876, 1, 440. « Aux termes des art. 692, 693, 694, la destination du père de famille peut être invoquée pour le maintien d'une servitude continue et apparente. » V. aussi Lyon, 30 juillet 1907, Dalloz, 1908, 2, 296, qui parle « du maintien de la servitude originaire » à propos d'un canal de prise d'eau, c'est-à-dire d'une servitude continue.

En troisième lieu, ce quatrième système met à la charge du bénéficiaire de la servitude une preuve qui n'est requise par aucun des trois textes : la preuve de l'existence de la servitude avant la réunion des héritages, ce qui est inacceptable, car on ne saurait ajouter à l'art. 694 une condition qu'il n'exige pas. V. en ce sens, Cass. civ., 8 juin 1842, déjà cité.

Enfin on ne comprend pas que le législateur admette plus facilement l'existence de la servitude dans l'hypothèse où cette servitude a existé avant la réunion des fonds dans la même main. Il me semble, au contraire, que dans le cas où l'état de choses d'où résulte la servitude est l'œuvre du propriétaire commun, la volonté de ce propriétaire est mieux manifestée par l'arrangement dont il est l'auteur que par le simple hasard d'un

droit qui a existé et qui s'est éteint ; en sorte que s'il y avait lieu d'introduire un adoucissement de la preuve, on devrait prendre le contre-pied du système préconisé par M. Planiol. Au reste, la réfutation essayée par M. Planiol contre un système voisin du nôtre est la consécration involontaire de nos idées. M. Planiol dit : « Une opinion très répandue chez les auteurs modernes cherche ailleurs la différence à faire entre les art. 693 et 694 ; on prétend que le premier de ces articles vise le cas où le titre qui a séparé les deux héritages est perdu ou inconnu ; tandis que l'article 694 s'occupe du cas où il est représenté. Au premier cas la servitude résulte suffisamment de la destination du père de famille, mais à la condition d'être tout à la fois continue et apparente ; au second cas, si le titre est muet sur la servitude, l'apparence suffira pour son établissement. (Demolombe, tome XII, n° 821.)

« La circonstance que le titre est ou n'est pas représenté est un fait postérieur qui, raisonnablement, doit rester sans influence sur la création de la servitude, création qui est nécessairement contemporaine de la séparation des deux fonds. »

Evidemment, M. Planiol peut adresser cette critique à Demolombe, mais qu'il ne l'adresse pas à notre système ! Nous n'avons jamais dit qu'un fait postérieur devait influencer sur la création d'une servitude ; au contraire, nous avons répété et démontré que la présentation du titre était l'élément d'un mode, non pas de

constitution, mais de preuve des servitudes, et alors la critique de M. Planiol ne peut plus nous atteindre. La grosse objection qu'on peut faire à un système qui explique comme nous la conciliation de l'art. 693 et de l'art. 694 perd toute sa force en face de la nature juridique que nous attribuons à la destination du père de famille.

§ 5. — *Cinquième système. Système de la suppression de l'article 694.*

L'art. 694 ne serait qu'une conséquence, qu'une application de l'art. 692 ; le législateur n'aurait pas cru devoir rappeler à l'art. 694, la condition de continuité clairement exprimée à l'art. 692. V. Malleville, analyse raisonnée du Code Napoléon, Delvincourt, tome I, page 576, Favard de Langlade, Répertoire, V. Servitudes, section 2, § 3, n° 2 ; Toullier, tome II, n° 613 ; Cour d'Orléans, 24 décembre 1840.

Cette interprétation de l'art. 694 me paraît très critiquable. En premier lieu, on ne comprend pas que, dans une matière à laquelle le législateur a consacré trois articles seulement, on puisse faire rentrer l'un de ces textes dans les autres au point de le faire disparaître ; en second lieu, il est difficile d'apercevoir comment l'art. 694 peut contenir l'exigence d'une condition nou-

velle, s'il n'est que l'application des textes précédents. Aussi de très bonne heure on a envisagé ces graves objections, la doctrine s'est orientée dans un autre sens et la jurisprudence a feint d'ignorer un système qui se signale comme celui qui préconise la suppression de l'art. 692 par la faiblesse du raisonnement et l'impuissance à expliquer l'apparente contradiction de nos textes.

§ 6. — *Sixième système.*

Un système plus curieux que juridique cherche la solution de la difficulté dans l'interprétation du mot « héritage » ; on dit : l'art. 694 suppose le cas de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude ; ainsi il n'y a pas à faire l'application de ses dispositions dans le cas où il s'agit des éléments d'un même corps de propriété. V. Requêtes, 10 mai 1825, Sirey, 1826, 1, 235.

Cette interprétation ne présente rien de satisfaisant. En premier lieu, on ne peut pas tirer une conséquence aussi audacieuse du seul fait que l'art. 693 emploie le mot : fonds, et que l'art. 694 emploie le mot : héritage, alors surtout que le sens du mot héritage semble être précisé par les expressions « fonds aliéné » qui se trouvent à la fin de l'art. 694. En second lieu, on ne voit pas comment cette interprétation peut

expliquer l'exigence d'une condition supplémentaire et la dispense de continuité pour les servitudes de l'article 694.

V. en ce sens, Toulouse, 21 juillet 1836, Sirey, 1837, 1, 916, et surtout Cour d'Angers, 7 juin 1838. Requêtes, 24 février 1840, Sirey, 1840, 1, 98 : « Attendu que, pour rendre l'art. 694 inapplicable à l'espèce, on soutient avec un arrêt de cassation qu'il faut l'aliénation de deux héritages et non pas, comme dans l'espèce, celle de deux fonds dépendant avant la vente de la même exploitation ; qu'à cette objection il faut répondre que le législateur, après avoir employé dans la première partie de l'art. 694 le mot « héritage » deux fois, se sert du mot « fonds » qui a forcément la même signification que le mot héritage ; qu'ainsi, dans cet article, le mot héritage a le sens de propriété d'immeuble. »

Je crois ainsi que la distinction proposée manque absolument de signification, de même aussi, je le dis en passant, que la non contiguité des héritages me paraît importer peu. V. en ce sens, Pau, 9 février 1885, Dalloz, 1886, 2, 173.

§ 7. — *Septième système.*

Ce système, soutenu par M. Demolombe, est très voisin du nôtre, je dirai même qu'il se confond avec lui au point de vue des conséquences pratiques, puisque,

d'après M. Demolombe, le fonctionnement de la destination du père de famille pour les servitudes discontinues suppose la présentation du titre de séparation ; tandis que dans l'hypothèse de l'art. 692 l'existence de la continuité écarte l'exigence supplémentaire de l'art. 694.

La conciliation proposée entre les deux textes est donc très heureuse à mon sens, mais la grosse insuffisance du système consiste dans l'impossibilité d'expliquer pourquoi l'application de la destination du père de famille aux servitudes simplement apparentes demande la présence d'une condition spéciale. M. Demolombe [dit bien que « la destination du père de famille a plus ou moins de puissance ou d'effet suivant le caractère de la servitude qu'il s'agit d'en faire résulter » ; mais précisément on ne comprend pas que la constitution d'une servitude puisse dépendre d'un fait postérieur : la présentation du titre de séparation ; c'est ici que l'objection de M. Planiol trouve toute sa force, et M. Demolombe ne peut s'y soustraire qu'en se réfugiant chez nous ; au reste, il le fait quelquefois involontairement et il lui échappe des expressions qui étonnent chez un partisan de la doctrine classique et font prévoir les initiatives modernistes de M. Martin.

§ 8. — *Huitième système.*

C'est qu'en effet nous sommes de ceux qui cherchent et qui croient trouver la conciliation des articles 692, 693, 694 dans le système du déplacement de la preuve. J'ai emprunté à M. Martin l'idée générale du déplacement de la preuve ; j'ai voulu défendre pied à pied les nombreuses conséquences qui dérivent de ce point de départ, je crois que presque partout je me trouverai d'accord avec mon maître, sur un point seulement il pourrait exister une divergence. J'ai déjà traité la question à propos de la force probante du silence de l'acte ; je n'ai pas cru qu'il fallait voir dans la présentation du titre un commencement de preuve par écrit ; j'ai pensé que le commencement de preuve par écrit n'est pas un déplacement de la preuve, et j'ai voulu tout expliquer en allant, dans les limites permises par le texte, jusqu'au bout du déplacement de la preuve.

CONCLUSION

Ainsi la conciliation des articles 692, 693, 694 ne doit être cherchée ni dans les systèmes qui font disparaître l'article 692 ou l'article 694, ni dans le système de la disposition par le maître commun ou de la servitude préexistante, ni dans celui qui proclame l'indépendance absolue de l'article 694, ni surtout dans ceux qui argumentent étroitement sur la nécessité de contiguïté ou le sens du mot « héritage », ni même dans celui de M. Demolombe ; à mon sens, pour réaliser heureusement cette conciliation, il faut distinguer entre la constitution et la preuve de la servitude. La constitution de la servitude en matière de destination du père de famille résulte d'un accord tacite qui est soumis à l'application du droit commun quant au mécanisme de sa formation, quant à ses conditions, quant à son objet, quant à ses effets. La preuve, au contraire, est originale : elle se fait par déplacement, c'est-à-dire que l'on substitue à la preuve du fait juridique principal (intentions du maître et des ayants cause) la preuve d'un certain nombre de faits matériels à côté (conti-

nuité, apparence, silence de l'acte, mise en état des lieux, communauté d'origine); en sorte que la preuve testimoniale qui, normalement, ne serait pas recevable peut souvent être administrée pour la raison qu'il s'agit d'établir ainsi non pas le fait juridique, mais des faits à côté dont la démonstration (et c'est là l'originalité du système) vaut preuve de ce fait juridique. Ainsi la destination du père de famille est un déplacement de la preuve; par suite, elle ne se confond ni avec une présomption légale, réfragable, car alors la preuve serait renversée et le bénéficiaire de la servitude serait dispensé de toute charge de preuve, ce qui n'a pas lieu dans notre hypothèse, ni avec les présomptions de fait, car ces dernières ne peuvent fonctionner que si la preuve testimoniale est admissible et elle ne peut l'être dans notre cas que parce que la preuve est déplacée.

D'autre part, ce mode de preuve, bien que spécial et exceptionnel en ce sens que trois textes en réglementent le fonctionnement, n'est pas un instrument rigide : j'ai étudié dans ce sens deux arrêts remarquables qui permettent, l'un, de combattre et de détruire par des signes matériels la signification attachée aux circonstances de l'article 693. V. Limoges, 7 février 1884, Requête, 5 décembre 1885. Dalloz, 1886, 1, 149; l'autre, de rechercher la preuve du silence des parties en dehors de l'acte de séparation dans des circonstances extrinsèques. Requête, 22 août 1882. Dalloz, 1883, 1, 467.

Il faut en conclure que la destination du père de famille n'est pas autre chose qu'un instrument de conviction original quoique souple qui consiste dans l'ensemble des éléments de démonstration susceptibles d'établir par voie de déplacement de la preuve l'existence d'un accord tacite ordinaire générateur de servitude.

Voilà comment l'étude de notre institution présente non seulement un intérêt juridique spécial, mais encore un intérêt supérieur et général, puisqu'il faut voir en elle un des jalons posés par le législateur pour l'application d'un système général de déplacement de la preuve. Ce système, en effet, lorsqu'il sera mieux connu, que ses applications seront mieux dégagées et son usage plus souple, permettra l'élargissement de la preuve et, par suite, l'élargissement des textes dont la rigidité peut paraître quelquefois déconcertante, comme celle, par exemple, de l'article 1341 ; ainsi seront rendus moins nombreux et moins brutaux les cas exceptionnels où la loi est injuste.

Vu le président de la thèse,
Paris, le 25 avril 1912,

BARTIN.

Vu le Doyen,
CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Sirey	Analyse sommaire des arrêts
1	12 juin 1807	Cour de Metz	1807	S., 2, 191	L'existence d'une servitude <i>altius non tollendi</i> ne peut être établie par d. p. f. et l'exhaussement d'un mur peut avoir lieu : 1° parce que le mur est milieu ; 2° parce que l'exhaussement est utile pour appuyer des fers ; 3° parce que rien ne démontre l'interdiction de bâtir dans l'intention du père de famille.
2	23 août 1810	Bruxelles	1811	S., 2, 256	Lorsque le propriétaire de 2 maisons les vend dans l'état où elles se trouvent, l'interdiction de bâtir d'une façon préjudiciable pour le voisin n'est pas une servitude <i>altius non tollendi</i> ; mais une conséquence du voisinage : c'est une obligation légale.
3	30 janv. 1810	Paris	1813	S., 2, 326	Le droit de maintenir un tuyau de fosse d'aisance dans un mur séparatif est suffisamment établi par d. p. f. sans justification écrite quand les adversaires ne contestent ni la communauté d'origine, ni la mise en état par le maître commun.
4	20 janv. 1813	Angers	1813	S., 2, 65	Le droit d'inonder, même sans crues extraordinaires, les terrains inférieurs par les eaux d'un étang supérieur peut être établi par d. p. f.
5	23 avril 1817	Requêtes	1817	S., 1, 337	La servitude <i>non altius tollendi</i> ne peut, en l'absence d'une clause expresse, résulter de la d. p. f. ; la question de son existence est une fixation du droit de vue.
6	20 août 1818	Angers	1819	S., 2, 277	L'acquisition de la mitoyenneté d'un mur a pour effet d'autoriser à boucher les ouvertures qui y sont établies par d. p. f. (Le tribunal d'Angers, 9 juin 1818, était en sens contraire.)
7	3 déc. 1817	Colmar	1822	S., 2, 16	Les fenêtres pratiquées dans un pignon d'une maison plus élevée que

8	24 juin 1823	Cass. civ.	1824	S., 1, 26	La voisine ne pourront pas être bouchées par l'exhaussement de cette maison voisine parce que la servitude <i>altius non tollendi</i> est établie ici, non seulement par la d. p. f., mais encore par une clause expresse du contrat de séparation.
9	8 déc. 1824	Cass. civ.	1825	S., 1, 362	L'arrêt précédent est cassé parce que l'étendue de la servitude de vue et la prohibition qui en résulte (servitude <i>altius non tollendi</i>) doivent être fixées suivant l'article 678.
10	2 fév. 1825	Requêtes	1825	S., 1, 363	Le droit, pour les habitants du 1 ^{er} étage, de se servir de l'évier du 2 ^e étage peut résulter de la d. p. f., car il y aurait signe apparent, et en tout cas, de la co-propriété de l'évier.
11	13 déc. 1825	Bourges	1826	S., 2, 222	La servitude d'aqueduc peut être établie par d. p. f. lorsqu'il existait au moment de la vente des signes apparents et cela malgré une clause générale d'affranchissement.
12	21 fév. 1826	Bordeaux	1826	S., 2, 275	Le droit de prise d'eau sur un ruisseau pour l'irrigation d'un pré peut être établi par d. p. f., bien que le signe apparent soit naturel et ne consiste pas en un ouvrage d'art.
13	10 mai 1825	Requêtes	1826	S., 1, 235	Le droit de déverser les eaux d'un toit sur le fonds voisin est établi par d. p. f. (prouvée par écrit) quand la communauté d'origine est établie par titre, même si ce n'est pas le père de famille qui a mis les choses en état pourvu qu'il en ait joui dans l'état où elles se trouvent.
14	23 août 1825	Paris	1826	S., 2, 21	L'art. 694 s'applique dans le cas de signe apparent existant entre 2 héritages, mais non dans le cas où ce signe existe entre les éléments d'un même corps de propriété. Le droit de planter des arbres à une distance moindre que la distance légale, est une acquisition de servitude qui peut s'établir par d. p. f., mais seulement pour les arbres qui existaient sous le père de famille et non pour ceux qui les remplacent.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Sirey	Analyse sommaire des arrêts
15	20 déc. 1825	Requêtes	1826	S., 4, 179	L'existence d'une institution contractuelle n'empêche pas que le service d'irrigation établi par le maître commun entre un fonds et un jardin se transforme en servitude par la disposition du fonds lorsque l'aliénation n'a pas été faite en haine de l'institution précédemment consentie.
16	15 janv. 1826	Trib. Lyon	1827	S., 2, 143	L'acquisition de la mitoyenneté d'un mur donne le droit de boucher les ouvertures établies dans ce mur par d. p. f.
17	8 juil. 1826	Caen	1827	S., 2, 225	La servitude de tour d'échelle peut s'établir par d. p. f.
18	11 juin 1831	Lyon	1832	S., 2, 223	L'art. 694 s'applique dans le cas seulement où la servitude discontinue qui renaît par la séparation des héritages existait auparavant et s'était éteinte par confusion.
19	17 janv. 1831	Bourges	1832	S., 2, 88	L'art. 694 s'applique en cas d'adjudication et la d. p. f. peut établir le droit d'extraction de la terre et des pierres nécessaires à une tuilerie. Le mot destination est pris ici dans un sens étymologique.
20	12 déc. 1834	Pau	1835	S., 2, 303	La d. p. f. ne peut pas établir une servitude <i>altius non tollendi</i> , surtout s'il s'agit d'un mur mitoyen.
21	20 mai 1836	Paris	1836	S., 2, 403	La servitude de vue établie par d. p. f., prohibe les travaux d'exhaussement qui la boucheraient et empêcheraient de fermer les perrières.
22	28 déc. 1835	Paris	1836	S., 2, 142	Les biens restitués aux émigrés rentrent dans leurs mains avec les servitudes existant au moment de la restitution, bien qu'elles n'aient pas existé au moment de la confiscation.

23	21 juil. 1836	Toulouse	1837	S., 2, 156	L'art. 694 exige seulement la justification du signe apparent; il ne s'applique pas aux servitudes continues, car alors il serait inutile et, d'autre part, il consacre un droit indépendant; car seuls les art. 692 et 693 régissent la d. p. f. Ce droit d'ailleurs est légitime parce que : 1 ^o l'acquéreur s'est lié aux apparences; 2 ^o il n'y a pas dérogation à l'art. 694 parce que le signe d'apparence est la preuve d'une servitude antérieure; 3 ^o cette dérogation se justifierait aussi bien que celle apportée par l'art. 693 à l'art. 690.
24	15 nov. 1836	Caen	1837	S., 2, 187	L'art. 694 s'applique aux servitudes continues et discontinues dans le cas où le mode de séparation est un acte de disposition, tandis que l'art. 693 se réfère au cas de passage, la situation des co-partageants n'est pas la même que celle du vendeur; l'art. 694 s'applique même lorsque le fonds servant et le fonds dominant ont été vendus par adjudication sur saisie immobilière. (Preuve de l'utilité du service.)
25	26 avril 1837	Requêtes	1837	S., 1, 919	L'art. 694 est indépendant : la servitude, qu'elle soit continue ou discontinue, est maintenue, pourvu qu'elle soit manifestée par un signe apparent.
26	21 juil. 1836	Toulouse	1837	S., 1, 916	L'art. 694 s'applique non seulement quand il s'agit de 2 héritages, mais même quand il s'agit des éléments d'un même corps de propriété.
27	13 mai 1837	Caen	1837	S., 2, 333	La servitude <i>non altius tollendi</i> est non apparente et ne peut s'établir par d. p. f.
28	1 ^{er} juil. 1837	Douai	1838	S., 2, 22	L'art. 694 se réfère au cas où la servitude est discontinue et où le titre est représenté; la transformation en servitude de la d. p. f. (sens étymologique) est basée sur le consentement tacite dont la présomption résulte de la disposition des lieux, et comme le signe d'une servitude discontinue est équivoque, cette présomption a besoin d'être fortifiée par la présomption tirée du silence de l'acte.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Sirey ou Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
29	20 déc. 1836	Bordeaux	1838	S., 2, 133	La servitude de tour d'échelle qui est discontinue et non apparente ne peut être « prouvée » par la d. p. f.
30	7 juin 1838	Angers	1840	S., 1, 98	L'art. 694 n'est pas un accessoire de l'art. 692; il n'est pas nécessaire pour qu'il s'applique qu'il y ait 2 héritages absolument distincts; il correspond à une transformation en servitude d'un service qui était commandé par une nécessité impérieuse et révélé par des signes dénotant chez l'acquéreur un consentement tacite; il en est d'autant plus ainsi qu'il s'agit d'un passage avec enclave.
31	6 nov. 1840	Caen	1841	Audiences 2, 65	La d. p. f. se réfère aux servitudes et non à la co-propriété.
32	30 juin 1841	Cass. civ.	1841	Audiences 1, 273	S'il y a des travaux apparents faits ou maintenus par le père de famille, la servitude de prise d'eau peut s'acquérir par la d. p. f.
33	4 août 1840	Limoges	1841	Audiences 2, 89	L'art. 694 établit un droit différent de celui des art. 692, 693; il exige une seule chose à savoir, le signe apparent.
34	17 nov. 1841	Cass. civ.	1841	Audiences 1, 387	Le juge du possessoire a le droit et le devoir de s'inspirer de la d. p. f. pour caractériser la possession d'un canal.
35	8 juin 1842	Cass. civ.	1842	S., 1, 609	L'art. 694 est indépendant; il n'exige qu'une seule chose, la vérification d'un point de fait (existence du signe apparent); il ne suppose nullement la préexistence de la servitude; ce serait contraire à l'art. 705.
36	5 fév. 1843	Cass. civ.	1843	S., 1, 151	Liberté des héritages. La servitude <i>non alius tollendi</i> ne peut être établie par d. p. f.; il n'y a qu'à se conformer à l'art. 678.
37	30 avril 1844	Paris	1844	S., 2, 424	La d. p. f. ne peut pas établir le droit d'arroser quand l'exercice de ce

38	21 juil. 1845	Cass. civ.	1845	D., 1, 385, 386	droit d'irrigation est une contravention à un règlement administratif, alors surtout que les signes apparents « indiquent la prise d'eau mais non le mode d'usage, objet de la destination invoquée ». (Destination, sens étymologique). La d. p. f. qui ne peut pas fonctionner lorsqu'il s'agit de choses non susceptibles d'une possession exclusive, peut établir la servitude de prise d'eau dans le chemin public au profit d'un fonds inférieur, servitude qui consiste dans le fait que le fonds supérieur doit un certain volume d'eau du chemin public au fonds inférieur.
39	8 mars 1844	Bordeaux	1845	D., 4, 480	Il y a pour le fonds inférieur, servitude légale de réception des eaux découlant naturellement du fonds supérieur. La d. p. f. établit l'obligation accessoire de récurer la rase par où les eaux s'écoulent sur le fonds inférieur. V. intention du maître commun.
40	7 janv. 1846	Bordeaux	1846	D., 2, 83	La règle d'après laquelle les eaux pluviales rassemblées sur l'héritage du 1 ^{er} occupant en sont l'accessoire, cesse en présence du titre positif constitué par la d. p. f., l'auteur commun s'étant réservé (probablement d'une façon tacite) la rigole au moment des premières aliénations.
41	17 nov. 1847	Cass. civ.	1847	D., 1, 376	L'art. 694 s'applique aux servitudes continues et discontinues, aux partages comme aux aliénations et à une donation d'une quotité indéterminée lorsque les biens dont il a été ainsi disposé ont été déterminés par un partage entre le donateur et le donataire et un second partage entre les héritiers où la volonté du donateur était tacite.
42	18 janv. 1850	Bordeaux	1851	D., 2, 123	Lorsque des jours ont été établis dans un mur par d. p. f., on ne peut contraindre le titulaire à céder la mitoyenneté que jusqu'à la hauteur de ces ouvertures ; car : 1 ^o l'ouverture n'est pas inutile ; 2 ^o les ayants cause n'ont pas changé la destination ; 3 ^o on ne produit aucun titre contraire.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
43	3 juin 1850	Cassation	1851	D. V ^o servit.	La faculté d'acquérir la mitoyenneté est absolue et peut s'exercer au delà des ouvertures établies par d. p. f.
44	28 oct. 1853	Cass. civ.	1854	D., 1, 234	Le tribunal de Beaune avait vu dans le droit de planter à une distance moindre que la distance légale une extinction de servitude en sorte que la d. p. f. ne fonctionnait pas, mais comme il se décidait par le motif subsidiaire que la d. p. f. ne peut pas autoriser le maintien des arbres nés dans la suite, la Cour ne s'est pas prononcée sur la première idée.
45	14 juin 1852	Requêtes	1854	D., 1, 155	La d. p. f. ne peut pas fonctionner si les fonds n'ont pas été réunis puis séparés. La situation d'un canal n'est pas le signe apparent d'une servitude de submersion.
46	2 avril 1854	Requêtes	1854	D., 1, 272	Un barrage est le signe apparent d'une servitude d'irrigation. La question de savoir s'il y a en ce cas signe apparent est une question de droit.
47	16 fév. 1853	Poitiers	1854	D., 2, 74	Le droit de passage sur une cour ne peut être établi par d. p. f. : 1 ^o parce que la porte sur la cour n'a pas été ouverte par le maître ; 2 ^o parce que le passage n'était pas nécessaire ; 3 ^o parce que l'acte de séparation contenait une mention implicitement contraire ; en second lieu, une cour peut être commune par d. p. f. : 1 ^o parce que les droits des communistes participent des droits de la servitude ; 2 ^o parce que la mention de propriété exclusive était purement énonciative ; 3 ^o le droit d'user de la cour commune ne s'étend pas au nouvel immeuble acquis par l'un des communistes ; car les servitudes existent pour l'usage d'héritages déterminés.

48	7 déc. 1850	Paris	1834	D., 5, 703	La d. p. f. s'applique quand il résulte que le consentement des parties était conforme à l'intention du père de famille qui avait constitué le passage en commun (Preuve d'un contrat accessoire). La d. p. f. s'applique aux servitudes continues et discontinues.
49	10 avril 1855	Cassation	1855	D., 1, 212	La servitude de vue entraîne la servitude <i>non altius tollendi</i> (Paris), arrêt cassé le 10 avril 1855 par la Chambre civile qui décide que malgré la servitude de vue établie par d. p. f., on peut bâtir en se conformant à l'art. 678.
50	3 mars 1856	Bastia	1856	D., 2, 85	Le droit de planter des arbres à une distance moindre que la distance légale peut être établi par d. p. f.; en second lieu, il n'en est pas ainsi pour le droit de laisser dépasser les branches : 1° parce que cet empiètement n'a pas probablement été voulu par le maître; 2° parce que cet état de choses n'existait pas au moment de la séparation; 3° (la Cour ne le dit pas) parce qu'il ne s'agit pas d'un état de choses permanent; en troisième lieu, le passage aux fins de cueillette est refusé. (Manque d'apparence.)
51	13 mars 1856	Bordeaux	1856	D., 2, 207	Ces deux arrêts exigent avec raison pour l'application de l'art. 694 la
52	11 août 1854	Toulouse	1856	D., 2, 119	présentation de l'acte de séparation, mais croient à tort que l'application de l'art. 694 repose sur la distinction des modes de séparation. (Partages et aliénations.)
53	1 ^{er} juil. 1857	Requêtes	1857	D., 1, 400	En cas de sente commune bordée à droite par une palissade la d. p. f. peut établir pour le propriétaire de gauche le droit de ne pas se clore.
54	18 nov. 1854	Aix	1857	D., 2, 40	Si un fonds au profit duquel existe une servitude <i>non altius tollendi</i> est vendu en partie, la d. p. f. ne peut pas établir à la charge de la partie conservée la servitude <i>altius non tollendi</i> , parce qu'on ne peut pas raisonnablement présumer cette intention chez le vendeur.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
55	21 avril 1858	Requêtes	1858	D., 1, 182	Si à la suite d'une vente les étages d'une maison appartiennent à des propriétaires différents, le sous-sol devient commun par la volonté tacite du père de famille.
56	10 août 1858	Cass. civ.	1858	D., 1, 353	La servitude de vue établie par d. p. f. ne peut, comme le voulait la Cour de Lyon, 20 février 1856, entraîner la servitude <i>altius non tollendi</i> ; il n'y a qu'à se conformer à l'art. 678.
57	17 déc. 1856	Bastia	1858	D., 2, 210	La servitude de passage d'un étage à l'autre au moyen d'une échelle mobile ne peut s'établir par d. p. f. : 1° parce que l'utilité n'est pas prouvée; 2° parce que le service n'est pas apparent; 3° parce qu'il y a eu donation non dispensée de rapport.
58	13 mars 1858	Juge de paix Coulanges	1858	D., 3, 80	La servitude de passage pour ramasser des noix et le droit de laisser dépasser les branches peuvent s'établir par d. p. f. malgré le manque d'apparence du passage et le « <i>molus naturalis</i> » des branches. (Destination, sens étymologique.)
59	3 juin 1858	Metz	1859	D., 2, 16	La d. p. f. fonctionne seulement quand la volonté du père de famille est certaine; or, pour remplacer l'énergie d'une déclaration écrite, il faut la continuité ou bien (art. 694) que le maître ait disposé lui-même. L'art. 694 ne s'applique donc pas au partage.
60	17 déc. 1861	Requêtes	1862	D., 1, 484	Voir dans jugement Tribunal de Nyons, destination au sens étymologique. La d. p. f. peut caractériser la possession du meunier inférieur même sur les eaux du canal en amont du moulin supérieur. La servitude n'est pas rendue discontinue par la levée des vannes.
61	5 août 1862	Requêtes	1862	D., 1, 539	La servitude <i>non edificandi</i> ne peut être établie par d. p. f. : « elle ne

62	15 mai 1862	Paris	1862	D., 2, 414	peut résulter que d'une convention ». La preuve que les deux fonds ont appartenu au même maître peut résulter de la vue des lieux. (Seine, 43 mars 1859.) La loi dans l'art. 694 a en vue le maintien de l'état de choses établi par l'ancien propriétaire : « il faut prouver le signe apparent et l'absence de stipulation contraire » confirme jugement de Fontainebleau, 7 février 1861. L'art. 694 se fonde sur une présomption de consentement. Il s'applique au partage, car les co-partageants « disposent » et leur consentement a été éclairé.
63	7 avril 1863	Requêtes	1863	D., 4, 413	L'art. 694 a une existence propre : il est fondé sur une présomption de consentement tiré du silence des parties » et de l'apparence. Il a en vue le maintien de l'état de choses voulu par le maître.
64	25 mars 1863	Requêtes	1863	D., 1, 415	La Cour maintient un jugement du Tribunal de Barbezieux, 31 décembre 1861, déclarant l'art. 694 inapplicable au partage. Il est vrai qu'il y avait manque d'apparence.
65	3 août 1863	Requêtes	1864	D., 1, 43	La d. p. f. ne peut pas établir un droit d'user des eaux d'un cours d'eau non navigable ni flottable parce que ces eaux sont hors du commerce et que les « clauses du contrat sont illicites quand elles sont contraires à l'ordre public » et aux règlements.
66	15 juin 1865	Paris	1865	D., 2, 499	A l'encontre du Tribunal de Versailles, 15 juin 1865, la Cour n'admet pas que la d. p. f. puisse établir le droit de laisser dépasser les branches. Idée d'un contrat accessoire ; pour les racines la d. p. f. peut fonctionner.
67	27 mars 1866	Requêtes	1866	D., 1, 339	L'art. 694 s'applique au partage. La d. p. f. peut caractériser la possession d'une servitude discontinue. L'art. 694 se fonde sur une présomption de consentement. La d. p. f. et le titre sont pris dans le sens de « <i>instrumentum</i> ». A quel moment le signe apparent doit exister.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
68	9 juil. 1867	Cass. civ.	1867	D., 1, 252	Le droit de laisser dépasser les branches ne peut être établi par d.p.f. parce que le fait que le propriétaire voisin ne se plaint pas est une tolérance qui ne fait pas présumer son consentement. La Cour de Paris, 15 juin 1865, avait rejeté la d. p. f. « <i>propter motum naturallem arboris</i> ».
69	10 déc. 1866	Requêtes	1867	D., 1, 498	L'art. 694 exige le signe apparent et le silence de l'acte. Voir ces mots « servitude antérieurement établie ».
70	14 juin 1862	Lyon	1867	D., 5, 398	Le droit de laisser dépasser les racines ne peut être établi par d. p. f. « <i>propter motum naturalem arboris</i> » (manque d'apparence).
71	20 janv. 1868	Requêtes	1868	D., 1, 134	Le juge de paix considérait que l'état des lieux pouvait valoir comme la d. p. f. (sens étymologique) pour créer un titre (<i>instrumentum</i>) et servir de base à l'action possessoire, mais le Tribunal estima que l'expropriation anéantit la servitude de vue. La Cour ne se prononça pas directement sur la transformation en servitude du service foncier.
72	15 fév. 1868	Orléans	1868	D., 2, 158	En cas de bien vendu nationalement par l'Etat, le propriétaire du moulin ainsi acquis peut se prévaloir de l'existence d'une porte ouverte sur la levée d'un étang comme signe apparent d'une servitude de passage sur une parcelle restant la propriété de l'Etat. L'arrêt rappelle les conditions de la d. p. f. L'acceptation par le maître suffit. D. p. f. sens étymologique.
73	11 juin 1867	Requêtes	1869	D., 1, 128	La d. p. f. peut établir à la charge d'une prairie qui bénéficie d'une

74	12 janv. 1869	Requêtes	1869	D., 1, 224	La question de savoir si une porte ouverte sur la levée d'un étang est un signe apparent est souverainement appréciée par les juges du fond. Suffisance et admissibilité de la preuve. Utilité de passage.
75	2 mars 1869	Requêtes	1870	D., 1, 134	Le Tribunal de Limoux, 4 juillet 1867, et la Cour suprême décident en sens contraire du juge de paix que la servitude de déblais ne peut être établie par d. p. f. parce que les dépôts « sont temporaires et ne peuvent servir de base à une possession utile ». Non utilité du service.
76	11 juin 1869	Dijon	1871	D., 5, 355	L'arrangement d'un fermier ne peut servir de base à la d. p. f. car il ne fait pas supposer un souci permanent. Il en serait autrement si le père de famille avait accepté l'arrangement.
77	5 juin 1872	Cass. civ.	1872	D., 1, 231	La d. p. f. peut caractériser la possession d'une servitude de passage quand il y a silence de l'acte. L'art. 694 s'applique même au partage. Le signe apparent de la destination de l'ancien propriétaire constitue un titre légal de l'art. 694.
78	15 avril 1872	Requêtes	1872	D., 1, 416	Le fonctionnement de la d. p. f. est subordonné à la reconnaissance de la volonté du père de famille. Preuve. Volonté unilatérale. La volonté se manifeste-t-elle par des ouvrages apparents? Question de suffisance. Pouvoir discrétionnaire des juges du fond.
79	22 avril 1873	Cass. civ.	1873	D., 1, 428	L'art. 694 a une existence propre. Silence et apparence. Les juges du fond constatent souverainement la communauté d'origine et l'apparence du service.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
80	10 juin 1874	Requêtes	1875	D., 1, 165	Deux hôtels sont vendus séparément; l'un des acquéreurs a le droit d'élever une clôture séparative, mais à condition de respecter la servitude de vue établie par d. p. f.
81	1 ^{er} mai 1874	Rennes	1875	D., 2, 60	Etant donnée une servitude d'égout des eaux pluviales établie par d. p. f. la cession de mitoyenneté du mur portant la gouttière empêche de se prévaloir de la servitude.
82	28 déc. 1875	Requêtes	1876	D., 1, 440	La servitude de saillie des coffres de cheminées continue et apparente peut être établie par d. p. f. Maintien de la servitude. D. p. f. sens étymologique.
83	25 août 1874	Nancy	1877	D., 1, 127	Lorsqu'il y a souci non d'arrangement permanent mais de convenances personnelles, la d. p. f. ne fonctionne pas. L'ouverture dans une haie dénote la recherche de la convenance personnelle. Le silence de l'acte fait naître la question du signe apparent. Question de preuve. Accord tacite. Pouvoir discrétionnaire. La mitoyenneté de la haie séparative ne serait pas un obstacle à la d. p. f. — Requêtes, 15 juillet 1875.
84	26 juin 1876	Requêtes	1877	D., 1, 227	Le mode de transmission et de réception de l'eau constitue entre deux moulins un rapport de mutuelle dépendance qui est une servitude continue et apparente susceptible d'être établie par d. p. f. Accord tacite. Cela est vrai aussi bien sous la coutume de Paris que dans le Code.
85	2 mai 1876	Requêtes	1878	D., 1, 63	Conditions de preuve de l'art. 693. Sévérité de la preuve dans l'art. 694 (silence de l'acte). Il suffit que les choses aient été laissées en état par le maître commun.

86	7 mars 1876	Requêtes	1878	D., 1, 69	L'existence d'un pont reliant deux rives n'est pas le signe apparent qui signifie d'une façon irrécusable la volonté d'un arrangement permanent. Inutilité du service. Destination sens étymologique. Volonté unilatérale. Pouvoir discrétionnaire pour le signe apparent.
87	24 juil. 1877	Requêtes	1878	D., 343	L'art. 694 applique les règles de la d. p. f. : 1° communauté d'origine; 2° signe apparent; 3° silence de l'acte. Les juges du fond apprécient souverainement la suffisance de la preuve, et la Cour suprême « en tire les conséquences légales ».
88	31 déc. 1878	Cass. civ.	1879	D., 1, 375	D. p. f. mode de constitution; sentier barré par un cordon de pierres et disposé pour recevoir les eaux pluviales. Pouvoir discrétionnaire pour apprécier. Etendue servitude par d. p. f. En matière de d. p. f. la servitude est normale dans sa constitution et son exercice, seule sa preuve est exceptionnelle.
89	2 juil. 1879	Requêtes	1880	D., 1, 119	Etant données deux maisons avec jardin sur le derrière et sentier les séparant, la servitude de passage peut être établie au profit de l'un des propriétaires autrement que par d. p. f. à l'aide d'un commentement de preuve par écrit.
90	3 mai 1880	Requêtes	1881	D., 1, 76	L'autorité de la chose jugée ne peut pas être invoquée malgré les motifs d'un jugement interlocutoire quand, dans son dispositif, ce jugement ordonne la preuve des circonstances de l'art. 693.
91	22 août 1882	Requêtes	1883	D., 1, 467	Le silence de l'acte exigé par l'art. 694 peut se prouver par des circonstances extrinsèques.
92	24 janv. 1883	Cass. civ.	1884	D., 1, 112	Une servitude de vue existant entre deux fonds s'éteint par leur réunion; les fonds se séparent de nouveau « <i>non ex antiqua causa</i> »; « un pan de mur portant la marque d'une fenêtre » ne peut être considéré comme un signe apparent. Pouvoir discrétionnaire des juges du fond.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
93	12 mai 1883	Orléans	1885	D., 2, 119	Le droit de retenir l'eau à 0,56 en contrebas du seuil d'un moulin peut être établi par d. p. f. Possibilité de renoncer au droit de se plaindre. Validité de l'accord. Admissibilité et suffisance de la preuve.
94	29 déc. 1884	Limoges	1885	D., 2, 155	Si une servitude de vue existe en vertu de la d. p. f., le droit de bâtir existe à la distance légale et on n'est tenu d'observer cette distance qu'en forme de <i>niche</i> en face de la fenêtre.
95	9 déc. 1885	Requêtes	1886	D., 1, 149	Malgré la communauté d'origine, la mise en état par le maître, la continuité et l'apparence, la servitude de vue ne sera pas établie par d. p. f. si une présomption contraire s'attache à des signes matériels (pierres d'attente). Question d'admissibilité de la preuve.
96	8 juil. 1885	Requêtes	1886	D., 1, 292	Une barrière fermant à clef quand la clef est dans la poche de celui qui prétend à la servitude est un signe apparent de servitude de passage. Pouvoir discrétionnaire. Utilité du service « ils n'avaient pas d'autre voie de communication ».
97	13 juil. 1885	Cass. civ.	1886	D., 1, 316	La d. p. f. ne peut être admise pour une servitude de passage que si le silence de l'acte a été constaté par la Cour d'appel, et pour une servitude de dépôt de fumier que si la Cour a constaté l'existence de travaux apparents <i>avant</i> la séparation. Pourquoi avant : pour prouver l'acceptation des ayants cause.
98	17 juin 1885	Cass. civ.	1886	D., 1, 323	Passage dans une haie ; barrière, signe apparent. Le juge de paix doit examiner le titre pour caractériser la possession. Destination, sens étymologique, titre « <i>instrumentum</i> ».

99	9 fév. 1885	Pau	1886	D., 2, 173	L'art. 694 s'applique même aux servitudes discontinues. La contiguïté du fonds dominant et du fonds servant n'est pas nécessaire. La servitude d'enlèvement d'immondices est discontinue (dépôt) et appa- rente (venelle-dépôt).
100	8 nov. 1886	Requêtes	1887	D., 1, 388	Les servitudes d'évier et de fosse à fumier sont discontinues et ne peuvent être établies par d. p. f. que s'il y a silence de l'acte; condi- tions ordinaires de la d. p. f.
101	28 déc. 1886	Cass. civ.	1887	D., 1, 485	Le droit de recevoir les eaux par une ouverture valant service d'aque- duc au profit d'un propre de la femme ne peut être établi par d. p. f. sur un immeuble rentré en communauté et légué par le mari à sa nièce. Il n'y a pas communauté d'origine à cause de la rétroactivité du partage. En l'espèce on assimile au partage une déclaration uni- latérale.
102	18 janv. 1887	Requêtes	1887	D., 1, 493	Nécessité de prouver l'utilité du service. Conditions ordinaires de la d. p. f. La servitude de prise d'eau dans un sous-sol appartenant à la commune peut être établie par d. p. f. au profit d'un moulin ali- menté au moyen d'ouvrages extérieurs et apparents.
103	15 déc. 1886	Requêtes	1887	D., 1, 495	La servitude d'écoulement des eaux peut être établie par d. p. f. bien que la nature des travaux et l'état des lieux aient été modifiés; mal- gré l'autorité de la chose jugée, la destruction d'un ouvrage devenu préjudiciable peut être ordonnée.
104	25 oct. 1887	Cass. civ.	1888	D., 1, 106	Le droit d'user de la totalité des eaux en bouchant une rigole est une servitude continue, malgré le fait initial de l'homme. La d. p. f. fonctionne en matière d'eaux courantes. M. L'avocat général Petiton proclame pouvoir discrétionnaire des juges du fond de décider s'il y a signe apparent, pourvu qu'ils ne se décident pas par des raisons de droit.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
105	1 ^{er} août 1887	Requêtes	1888	D., 1, 112	Importance de la preuve, signé caractéristique. Pouvoir discrétionnaire des juges du fond. La brèche dans une haie n'est pas un signe apparent d'une servitude de passage.
106	27 avril 1887	Requêtes	1888	D., 1, 364	Le silence de l'acte ne permet pas toujours l'application de l'art. 694, car les juges du fond ont un pouvoir discrétionnaire pour décider si la présence de certaines clauses ne comporte pas « négation d'un droit d'accès », bien qu'il ne soit pas directement question de ce droit d'accès et que l'acte se taise à ce sujet.
107	29 déc. 1887	Cass. civ.	1888	D., 1, 471	Conditions ordinaires d'application de la d. p. f. La servitude de prise d'eau n'est pas rendue discontinue par la levée d'une vanne, fait initial de l'homme. Destination au sens étymologique, « transformation du service en servitude ».
108	1 ^{er} avril 1889	Requêtes	1890	D., 1, 271	La servitude consistant dans l'obligation de recevoir les égouts tombant d'un hangar est continue et apparente et peut être établie par d. p. f. en présence du silence gardé par le contrat de partage, malgré la construction d'un mur qui ne peut être considéré comme ayant pour objet de former obstacle à l'écoulement, art. 703. Preuve et accord.
109	7 janv. 1890	Paris	1890	D., 2, 175	La servitude <i>non altius tollendi</i> ne peut être établie par d. p. f. D. p. f., sens étymologique. Suffisance de la preuve.
110	28 nov. 1891	Cass. civ.	1892	D., 1, 285	La destination du père de famille ne crée pas la co-propriété.
111	10 nov. 1891	Requêtes	1892	D., 1, 415	Le droit de passer d'un immeuble ayant appartenu au mari sur un

412	19 juin 1893	Requêtes	1893	D., 1, 526	immeuble ayant appartenu à la femme ne peut être établi par d. p. f. à cause du manque de communauté d'origine. Force probante de la communauté d'origine.
413	3 mars 1893	Caen	1894	D., 2, 3	L'art. 694 ne fait aucune distinction entre les servitudes continues et discontinues pour le cas qu'il prévoit. « Le signe apparent doit être un ouvrage du père de famille révélant la volonté », etc... Preuve, volonté unilatérale.
414	1 ^{er} août 1894	Cass. civ.	1893	D., 1, 34	Le droit de laisser dépasser les racines ne peut être établi par d. p. f. Suffisance et admissibilité de la preuve.
415	30 oct. 1894	Requêtes	1893	D., 1, 63	Une terrasse ne peut être considérée comme le signe apparent d'une servitude de vue. Preuve de l'apparence.
416	29 mai 1895	Requêtes	1895	D., 1, 391	Art. 694. — Double preuve. Pouvoir discrétionnaire. Cet article s'applique même aux servitudes discontinues.
417	8 mai 1895	Cass. civ.	1896	D., 1, 11	Aménagement d'eaux de sources pour le service de moulins. Cet arrêt semblable à celui du 19 juin 1893 ne contient pas l'assimilation des servitudes continues et discontinues.
418	21 oct. 1895	Requêtes	1896	D., 1, 388	La porte de sortie établie par un domanier ne peut être le signe apparent de l'art. 694.
419	16 mai 1894	Liège	1896	D., 2, 107	Passage commun. Eaux pluviales. Vues.
420	3 nov. 1896	Requêtes	1897	D., 1, 214	Lorsque 2 usiniers ont élevé à 8 ou 10 kilomètres en aval de certaines sources des ouvrages sur un ruisseau qui n'est pas alimenté exclusivement par ces sources, il n'y a pas de signe apparent de servitude de prise d'eau.
421	14 nov. 1896	Nancy	1897	D., 2, 88	Apparence. Utilité du service. Conditions de l'art. 694.
					La servitude <i>non adificandi</i> ne peut être établie par la d. p. f.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

Numéros des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	Nos des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
122	10 nov. 1897	Requêtes	1898	D. 1, 177-178	La séparation par expropriation n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 694. (V. note de M. Boistel et rapport de M. Alphandéry).
123	19 nov. 1896	Cass. Belge	1898	D., 2, 56	La servitude de vue n'entraîne pas la servitude <i>non altius tollendi</i> et l'interdiction de planter des arbres à la distance légale, mais on doit décider suivant les circonstances quelle est l'étendue de la servitude de vue.
124	25 janv. 1897	Cass. belge	1898	D., 2, 79	La servitude de prise d'air qui est continue et apparente peut être établie par la d. p. f.
125	23 nov. 1898	Requêtes	1899	D., 1, 37	Servitude de prise d'eau. La Cour d'appel, 29 juillet 1896, différencie l'art. 693 et l'art. 694 au point de vue de la preuve. La Cour suprême estime que la continuité n'est pas empêchée par la nécessité du fait initial de l'homme.
126	6 déc. 1898	Requêtes	1899	D., 1, 87	Signe apparent, pouvoir discrétionnaire, conditions de la d. p. f. L'art. 694 est une réglementation de la preuve. Silence de l'acte.
127	23 janv. 1900	Requêtes	1900	D., 1, 72	La d. p. f. n'a aucun rapport avec la co-propriété.
128	8 janv. 1901	Requêtes	1901	D., 1, 278	La servitude de vue au moyen d'une terrasse naturelle et artificielle peut être établie par d. p. f., car l'art. 678 reçoit une triple exception : titre, prescription, d. p. f.
129	14 mai 1901	Requêtes	1901	D., 1, 356	La saillie d'une pierre peut être considérée comme le signe apparent d'une servitude de vidange établie par application de l'art. 694 parce qu'on trouve réunies les conditions de la d. p. f.

130	10 mai 1899	Requêtes	1901	D., 1, 361	Tuyaux de décharge en terre et en maçonnerie. Reconnaissance de précarité. Absence de réserve. Compiègne, 24 février 1897. Duel de preuves.
131	16 janv. 1901	Requêtes	1901	D., 1, 126	Présomption des art. 692 et 694. Le juge du possesseur peut examiner les titres produits pour décider s'il en résulte une présomption contraire.
132	3 déc. 1901	Requêtes	1902	D., 1, 167	Art. 674 indépendant; il exige 2 conditions seulement. Présomption de consentement. Cependant l'art. 694 applique les règles de la d. p. f.
133	5 mars 1902	Cass. civ.	1902	D., 1, 456	Les eaux pluviales qui sont <i>res nullius</i> sur la voie publique deviennent l'accessoire de la propriété du premier occupant. Le droit pour les fonds inférieurs d'en user peut être établi par la d. p. f. La possession invoquée par le propriétaire du fonds inférieur doit être caractérisée par la d. p. f., un titre ou des travaux apparents.
134	28 mars 1904	Requêtes	1905	D., 1, 163	Les conditions requises pour qu'il y ait d. p. f. résultent d'une constatation des juges du fond; la preuve du silence de l'acte est nécessaire seulement pour une servitude même discontinue. Art. 694.
135	29 juil. 1905	Seine	1906	D., 5, 31	L'existence d'un tuyau de chute où se déversent les eaux pluviales et ménagères à la ligne séparative de 2 immeubles constitue une servitude établie par d. p. f. lorsque l'immeuble dominant a été construit sur un terrain appartenant au propriétaire du fonds servant pourvu que les choses aient été mises du consentement de ce propriétaire en état, même si le bâtiment dominant a été dès sa construction la propriété d'un tiers. Les conditions de la d. p. f. ne sont pas rigides. On demande une certaine force probante.
136	5 mars 1906	Valenciennes	1906	D., 5, 72	L'établissement sur un fonds d'un chemin de fer Decauville constitue une servitude apparente et discontinue. Il faut la preuve du silence de l'acte, art. 694.

Table chronologique des arrêts sur la destination du père de famille, de l'année 1807 à l'année 1912 (suite)

N ^{os} des arrêts	Date des arrêts	Tribunaux ou Cours	Année	N ^{os} des pages de Dalloz	Analyse sommaire des arrêts
137	6 nov. 1906	Cass. Civ.	1907	D., 1, 100	En cas d'application de l'art. 694, la constatation par les juges du fond du silence de l'acte est obligatoire, mais le fait de viser l'acte et de dire que la servitude de passage dont il est l'objet n'a été ni aggravée ni supprimée est une constatation virtuelle de sa bienveillante neutralité.
138	30 juil. 1907	Lyon	1908	D., 2, 296	On peut trouver « la preuve du maintien de la servitude originaire de prise d'eau dans le signe apparent et le silence de l'acte », mais cette preuve ne peut justifier une augmentation des droits. Rôle du signe apparent ainsi défini.
139	9 avril 1907	Tribunal Agen	1907	D., 2, 196	Le droit de laisser des arbres à moins de 0 m. 30 ou 2 mètres peut être établi par d. p. f. même s'il y a eu des coupes réglées parce que la d. p. f. est basée « sur la supposition qu'il y a eu accord tacite » et qu'il était naturel de prévoir des coupes.
140	1 ^{er} juin 1908	Requêtes	1908	D., 1, 280	La servitude <i>altius non tollendi</i> ne peut s'établir par d. p. f.
141	29 juin 1905	Cass. belge	1909	Pandectes françaises 4, 4	L'article 694 vise « le cas de servitude préexistante suspendue par la réunion des fonds », il applique les règles de la d. p. f.
142	30 juin 1909	Cass. civ.	1909	Pandectes françaises 1, 495	Nécessité de passage par l'état d'enclave ; les juges du fond apprécient souverainement si la coutume de Provence par dérogation au droit commun n'exigeait pas un écrit pour le fonctionnement de la d. p. f.
143	5 mai 1909	Requêtes	1909	D., 4, 315	Servitude de vue « les circonstances invoquées n'ont pas été suffisantes pour faire la preuve de la d. p. f. ». Il n'y a ni écrit ni marque indicatrice ; il y a bien communauté d'origine, mais il n'est pas

prouvé que le père de famille soit l'auteur de l'arrangement. Les documents et les lieux engendrent des présomptions contraires. Duel de preuves.

Volonté unilatérale manifestée par des signes apparents et permanents. Le propriétaire a voulu que le service continuât à être rendu à titre de servitude. Servitude de vue. Conditions ordinaires souverainement constatées qui traduisent la volonté unilatérale. Silence de l'acte. Différence entre la d. p. f. et la présomption. La servitude de vue sera maintenue malgré l'acquisition de la mitoyenneté.

D., 2, 20

1910

Cass. belge

17 nov. 1908

144

Faugère

(Année 1911 : Néant — Janvier 1912.)

Plan général de la thèse sur la destination du père de famille

INTRODUCTION

- § 1. — Notions générales.
- § 2. — Notions historiques.
- § 3. — Examen du langage employé. Distinction à admettre.
- I. Idée superficielle de l'institution.
- II. Ancien droit — nécessité — apparence du service — incorporation de travaux au fonds servant.
- III. — Le code — art. 692, 693, 694.
- IV. — La Jurisprudence — surtout de 1860 à 1890.
- V. — La Doctrine — Pauvreté.

La destination au sens étymologique et au sens juridique.

Section 1^{re}. — La destination du père de famille est une institution relative aux servitudes et non à la co-propriété.

Section 2^e. — La d. p. f. n'a aucun rapport avec l'extinction des servitudes ni avec leur étendue.

§ 1. — La d. p. f. suppose la transformation en servitude d'un service foncier.

§ 2. — La d. p. f. suppose un accord tacite — accessoire — ordinaire.

§ 3. — La d. p. f. ne se confond pas avec un mode ni ordinaire, ni spécial de constitution des servitudes.

§ 4. — La d. p. f. n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes.

§ 5. — La d. p. f. ne se confond pas avec un mode ni ordinaire, ni spécial de constitution des servitudes.

§ 6. — La d. p. f. suppose la transformation en servitude d'un service foncier.

§ 7. — La d. p. f. suppose un accord tacite — accessoire — ordinaire.

§ 8. — La d. p. f. ne se confond pas avec un mode ni ordinaire, ni spécial de constitution des servitudes.

§ 9. — La d. p. f. n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes.

§ 10. — La d. p. f. suppose la transformation en servitude d'un service foncier.

§ 11. — La d. p. f. suppose un accord tacite — accessoire — ordinaire.

§ 12. — La d. p. f. ne se confond pas avec un mode ni ordinaire, ni spécial de constitution des servitudes.

§ 13. — La d. p. f. suppose la transformation en servitude d'un service foncier.

§ 14. — La d. p. f. suppose un accord tacite — accessoire — ordinaire.

PREMIÈRE PARTIE

Caractères et nature que l'on doit refuser à la d. p. f.

Section 4^e. — Application du droit commun à l'accord constitutif dont la d. p. f. suppose l'existence.

§ 1. — Mécanisme de la formation de cet accord.

§ 2. — De l'objet du contrat : déterminé — possible — licite — personnel

§ 3. — Des effets du contrat — possessoire — étendue de la servitude.

§ 4. — Capacité des parties et vices du consentement.

§ 5. — Transcription.

Section 1^{re}. — La d.

- § 1. — L'art. 694 applique les règles de la d. p. f.
 § 2. — Les art. 692, 693, 694 réglementent des conditions de preuve.
- § 1. — Communauté d'origine. A, sa nécessité. B, quand existe-t-elle ? ou ses conditions. C, sa preuve. D, sa force probante.
 § 2. — Mise en état des lieux. A, nécessité. B, preuve de l'arrangement. C, condition de l'arrangement. D, sa force probante.
 § 3. — Le signe apparent. A, nécessité. B, formes et conditions. C, force probante. D, compétence des Juges du fond.

Section 3^e. — Com-

- ment la condition spéciale aux art. 692 et 693 (la continuité) est une condition de preuve.

Section 4^e. — Com-

- ment la condition spéciale à l'art. 694 (le silence de l'acte) est une condition de preuve.

2^e PARTIE

Nature et conditions de la d. p. f.

Conciliation des art.

692, 693, 694

par l'exposé, la défense du système de l'auteur et la réfutation des autres systèmes

- § unique. — La con- } A, sa force probante. B, ses formes et ses conditions.
 tinuité.
- § unique. — Le si- } A, nécessité de prouver le silence de l'acte. B, force probante du silence de l'acte.
 lence de l'acte. } Faut-il y voir un commencement de preuve par écrit ?
- § 1. — Système de l'indépendance absolue de l'article 694.
 § 2. — » qui estime que l'art. 694 s'applique aux servitudes continues et discontinues.
 § 3. — Système de la disposition par le maître commun.
 § 4. — » de la servitude préexistante.
 § 5. — » de la suppression de l'article 694.
 § 6. — » basé sur l'interprétation du mot « héritage ».
 § 7. — » de M. Demolombe.
 § 8. — Résumé de notre système.

Section 5^e. — Les

- systèmes, leur réfutation.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES.	3

PREMIÈRE PARTIE

SECTION I. — <i>La destination du père de famille n'est pas relative à la co-propriété</i>	15
SECTION II. — <i>La destination du père de famille n'a aucun rapport ni avec l'extinction des servitudes</i>	19
<i>Ni avec l'étendue des servitudes.</i>	22
SECTION III. — <i>La destination du père de famille n'est pas un mode distinct de constitution des servitudes.</i>	27
§ 1. — <i>La d. p. f. suppose la transformation en servitude d'un service foncier.</i>	27
§ 2. — <i>Elle suppose un accord tacite, accessoire, ordinaire.</i>	30
§ 3. — <i>Réfutation des objections</i>	40
SECTION IV. — <i>Application du droit commun à l'accord constitutif dont la d. p. f. suppose l'existence</i>	60
§ 1. — <i>Mécanisme de sa formation</i>	60
§ 2. — <i>Objet de l'accord</i>	64
§ 3. — <i>Effets du contrat</i>	76
§ 4. — <i>Capacité et vices du consentement.</i>	82
§ 5. — <i>Transcription et conclusion</i>	85

DEUXIÈME PARTIE

NATURE ET CONDITIONS DE LA DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE

SECTION I. — <i>La destination du père de famille est une institution de la preuve</i>	87
§ 1. — L'article 694 applique les règles de la d. p. f.	87
§ 2. — Les articles 692, 693 et 694 réglementent une institution de la preuve	89
SECTION II. — <i>Conditions communes aux articles 692, 693 et 694 .</i>	96
§ 1. — De la communauté d'origine	96
§ 2. — De la mise en état des lieux	103
§ 3. — Le signe apparent	121
SECTION III. — <i>Condition spéciale aux articles 692 et 693.</i>	156
§ unique. — La continuité	156
SECTION IV. — <i>Condition spéciale à l'article 694.</i>	165
§ unique. — La neutralité bienveillante de l'acte de séparation	165
SECTION V. — <i>Les systèmes. — Leur réfutation</i>	179
§ 1. — Système de l'indépendance absolue.	179
§ 2. — Système qui estime que l'article 694 s'applique aux servitudes continues et discontinues	182
§ 3. — Système de la disposition par le maître	184
§ 4. — Système de la servitude préexistante	189
§ 5. — Système de la suppression de l'article 694	195
§ 6. — Sixième système	196
§ 7. — Système de M. Demolombe	197
§ 8. — Huitième système	199
CONCLUSION	201
ANALYSE CHRONOLOGIQUE ET SOMMAIRE DES ARRÊTS	204
PLAN GÉNÉRAL	226

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE BUSSIÈRE

